

NEZAKONITI DOKAZI U KAZNENOM POSTUPKU PREMA PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Prof. dr. sc. Davor Krapac *

UDK 343.14 :341.231.145(4)
341.231.145(4)
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: lipanj 2010.

uspomeni Vladimira Bayera (1912. – 1990.)

Premda se Europski sud za ljudska prava (ESLJP) tradicionalno smatra nadležnim ocjenjivati zakonitost i upotrebljivost dokaza pred kaznenim sudovima, ipak on primjenom elastičnog kriterija “pravičnog postupka” iz članka 6. stavka 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava procjenjuje je li se u nacionalnom postupku način pribavljanja ili izvođenja dokaza u nekom konkretnom slučaju odrazio na “pravičnost” postupka u cjelini ili je tom prilikom povrijeđeno i neko drugo konvencijsko pravo. U članku je autor najprije izložio nekoliko odluka ESLJP-a donesenih povodom povreda članka 3. i članka 8. Konvencije počinjenih različitim istražnim radnjama ispitivanja osoba ili pretraga prostorija, osoba i stvari (uključivši i najnoviju presudu u predmetu Lisica protiv Hrvatske od 4. veljače 2010.). Zatim se osvrnuo na presude u kojima je zbog defektnog postupanja nacionalnih vlasti ESLJP utvrdio povredu načela pravičnog postupka, bilo općenito u pogledu utvrđivanja činjeničnog stanja na štetu okrivljenika (npr. za Republiku Hrvatsku važna presuda u predmetu Peša protiv Hrvatske od 8. travnja 2010.), bilo u pogledu načina pribavljanja iskaza okrivljenika ili iskaza svjedoka (npr. presuda u predmetu Kovač protiv Hrvatske od 12. srpnja 2007. te Vanjak protiv Hrvatske od 14. siječnja 2010.). Svim presudama ESLJP-a glavna je značajka da zaštita temeljnih prava, pa niti onih apsolutnih, prema konvencijskom pravu ne uključuje obvezu izdvajanja, ekskluzije, nezakonito pribavljenih dokaza. Premda elastični kriterij “pravičnosti” za ocjenu nacionalnog kaznenog postupka u kojem je upotrijebljen nezakonit dokaz proizlazi iz činjenice što ESLJP, iz više razloga, ne može priznati pravo na suđenje na temelju zakonitih dokaza ili pravo na suđenje na temelju dokaza koji nisu pribavljeni kršenjem temeljnih ljudskih

* Dr. sc. Davor Krapac, sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske i profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

prava kao posebno konvencijsko pravo, autor smatra da nas to ne oslobađa obaveze proučavanja njegove relevantne prakse i transpozicije njegovih stajališta u nacionalno pravo.

Ključne riječi: kazneni postupak, Europski sud za ljudska prava, nezakoniti dokazi

I. UVODNE NAPOMENE: POJAM NEZAKONITIH DOKAZA

U najuglednijoj kontinentalnoj teoriji kaznenog procesnog prava – njemačkoj, smatra se da problematika nezakonitih dokaza – o kojoj se vodi dijalog zakonodavca, prakse i teorije pod naslovom “dokaznih zabrana” (*Beweisverbote*) – pripada skupu najvažnijih pitanja za kazneni postupak. To je posljedica primjene načela pravne države koja donosi samoograničenje državne vlasti u njezinoj represivnoj djelatnosti: država se u suzbijanju kriminaliteta ne smije služiti svim, pa možda i kriminalnim metodama jer bi to, s jedne strane, delegitimiralo moralnu snagu kaznene osude, a s druge bi strane prekršilo postulat javnog kažnjavanja društveno štetnog ponašanja uz samo najnužnija ograničenja temeljnih prava građana – koji se do pravomoćne osude imaju smatrati nedužnima. Njemački BGH u jednoj je svojoj starijoj odluci izrekao “Es ist kein Grundsatz der StPO, dass die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müsste.”¹. Stoga se njemačka teorija, u kojoj doduše postoje mnogobrojni prijeponi oko pravne naravi, svrhe, klasifikacije i tumačenja dokaznih zabrana, slaže oko jednoga: dokazne zabrane jesu norme o (samo) ograničenju dužnosti policije i državnog odvjetništva (§ 163 i 160 StPO-a) te suda (§ 244 st. 2. StPO-a) u istraživanju kaznene stvari (zapravo: utvrđivanju činjenica optužbe²) te predstavljaju izljev moralne vrednote prema kojoj je bolje krivca osloboditi nego nedužnog osuditi.³

Većina suvremenih kaznenih procesnih prava danas predviđa da se dokazi pribavljeni težim povredama jamstava temeljnih prava i sloboda građana pro-

¹ BGHSt 14, 358, 365. “Nije načelo Zakona o kaznenom postupku (njem.: *StPO*) da bi se istina morala istražiti pod svaku cijenu.”

² Zato ih neki nazivaju i “dokaznim zaprekama za osudu”. Usp. klasičnu studiju: Damaška, M., *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. Penn. L. Rev. 1973., 506 – 589.

³ Kühne, H. H., *Strafprozessrecht*, 7. Aufl., 2007., rdn 880, uz poziv na Trajanov re-skript iz D. 48., 19, 5. kojim je (prema IX. Ulpijanovoj knjizi o dužnosti prokonzula) car odgovorio Asidiju Severu da “samo na temelju sumnje nitko ne smije biti osuđen jer je bolje krivoga zločinca ostaviti nekažnjenim nego nedužnoga kazniti”.

tiv kojih se vodi kazneni postupak ne mogu upotrijebiti kod donošenja presude u kaznenom postupku.⁴ Ta zabrana, koja se može izvesti iz prastare moralne maksime *ex iniuria ius non oritur*⁵, ponegdje je iz pravno-političkih razloga podignuta čak na rang ustavnog načela. Tako npr. čl. 29. st. 4. Ustava Republike Hrvatske nalaže da se “dokazi pribavljeni na nezakonit način ne mogu upotrijebiti u sudskom postupku”.

Hrvatsko pravo tu zabranu konkretizira na više mjesta te posebice definira sam pojam nezakonitog dokaza. Zakon o kaznenom postupku od 3. listopada 1997. (Narodne novine, br. 110/1997, 27/1998, 58/1999, 112/1999, 58/2002, 143/2002, 115/2006; skraćeno: ZKP/97) sadržava takvu definiciju u čl. 9. st. 2., a Zakon o kaznenom postupku od 16. prosinca 2008. (Narodne novine, br. 152/2008, 76/2009; skraćeno: ZKP/08) u svojem čl. 10. st. 2. Oba zakona polaze od toga da su “nezakoniti dokazi” oni koji su “pribavljeni na nezakonit način” (čl. 9. st. 1. ZKP/97, čl. 10. st. 1. ZKP/08) te zatim određuju tri kategorije takvih dokaza: a) kategorija dokaza pribavljenih povredama određenih temeljnih prava i sloboda građana, b) kategorija dokaza za koje je izričitom zakonskom odredbom predviđeno da se ne smiju uporabiti pri donošenju sudske odluke i c) kategorija “deriviranih” dokaza, tj. takvih za koje se doznalo iz dokaza pod a) i b). Kršenje zabrane uporabe svih triju kategorija nezakonitih dokaza predstavlja tzv. apsolutno bitnu povredu odredaba kaznenog postupka (čl. 367. st. 2. ZKP/97; čl. 468. st. 2. ZKP/08).⁶

⁴ V. niže bilj. 13.

⁵ Na nedjelu se pravda ne izriče. Slično: *Iniuria propria non cadet in beneficium facientis* – Ne može se iz vlastitog nedjela izvući korist.

⁶ Valja dakle uočiti da: 1) nezakonitost u pribavljanju dokaza kod nas ne krši *eo ipso*, “automatski” zabranu iz čl. 29. st. 4. Ustava RH, nego to čini njihova “uporaba u sudskom postupku” (tj. kada ih procesno tijelo izvodi i ocjenjuje radi donošenja odluke); 2) nezakonitost u pribavljanju dokaza može biti: a) rezultat kršenja određenih temeljnih prava i sloboda građana zbog čega pribavljeni dokaz postaje neupotrebljivim (što mora utvrditi sud svojom odlukom kao nezakonitost – bolje: kao *neupotrebljivost* [njemački: *die Verwerbarkeit*] – dokaza, pa takve dokaze kolokvijalno nazivamo *ex iudicio* nezakonitim dokazima) ili pak b) rezultat zakonodavčeve ocjene, unesene u izričite zakonske odredbe, da određeni proceduralni defekti u pribavljanju ili izvođenju neki dokaz čine neupotrebljivim za odluku (što je tzv. nezakonitost, *neupotrebljivost*, dokaza *ex lege*); 3) povreda zabrane uporabe “nezakonitog”, zapravo pravno *neupotrebljivog dokaza* čini presudu koja se na njemu temelji *nevaljanom* (mora se zbog apsolutne procesne povrede ukinuti). Stoga neki teoretičari takve dokaze nazivaju “pravno nevaljanim dokazima” (V. Bayer u djelu cit. niže u bilj. 7). O problemu izvođenja posljedice kršenja zabrane uporabe nezakonitih dokaza za praksu i teoriju usp. bilj. 22 *infra*.

Proceduralnu regulaciju postupanja s nezakonitim dokazima sadržavalo je i bivše jugoslavensko pravo nakon 1967. godine, premda ustav te države načelnu zabranu njihove uporabe nije sadržavao, a niti je ZKP/77 imao slične definicije njihova pojma kao sadašnji hrvatski zakon.⁷

U suvremenoj procesnoj teoriji također je prihvaćeno da stranke ne mogu predlagati da se u kaznenom postupku pribave ili izvedu nezakoniti dokazi – koliko god to možda odgovaralo njihovim interesima. Od te zabrane moguća je samo jedna iznimka u korist okrivljenika: kada se neki dokaz smatra nezakonitim zato što su njegovim pribavljanjem ili izvođenjem prekršena prava obrane, a u konkretnom slučaju bi se uz njegovu pomoć mogla postići za okrivljenika najpovoljnija odluka (npr. oslobađajuća presuda), njegova uporaba pri donošenju takve odluke mora biti dopuštena kako se ne bi dogodilo da pravilo ustanovljeno u okrivljenikovu korist proizvede štetne posljedice za njega samoga (*quod in favorem alicuius constitutum est, non potest in perniciam eius retorquere*).

II. NEZAKONITI DOKAZI U PRAKSI ESLJP-a

Općenito o važnosti i praksi ESLJP-a na ovom mjestu nećemo govoriti⁸, a niti o učincima presuda ESLJP-a u našem unutarnjem pravu.⁹ Treba međutim

⁷ Premda se kod nas prvi radovi o problematici nezakonitih dokaza javljaju već u šezdesetim godinama XX. stoljeća, prvi teoretičar koji se u to vrijeme sustavno bavio procesnim zabranama uporabe nezakonitih dokaza u kaznenom postupku bio je Vladimir Bayer u knjizi *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga druga: Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku* (Školska knjiga Zagreb, 1972.).

⁸ O pravnoj naravi presuda ESLJP usp. Omejec, J., *Vijeće Europe i Europska unija, institucionalni i pravni okvir*, Novi informator, Zagreb, 2008., str. 248 i sl. O pravnom djelovanju i tumačenju EKLJP-a usp. općenito Pavišić, B., *Kazneno pravo Vijeća Europe*, Globus marketing, Zagreb, 2006. U njemačkoj literaturi na području kaznenog prava, osim monumentalne studije R. Essera, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, W. de Gruyter, Berlin, 2002., str. 909, te komentara S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, OUP, 2006., postoji veći broj monografija od kojih su neke izravno povezane s našom temom. Usp. npr. Warnking, V., *Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des EGMR*, P. Lang Frankfurt/M, 2009.

⁹ Na temelju čl. 46. st. 1. EKLJP-a Republika Hrvatska dužna je priznati obvezatnost presude ESLJP-a u predmetu u kojem je nastupala kao stranka. Do sada se nakon odluke ESLJP-a koja se odnosila na: a) neki razlog za obnovu kaznenog postupka ili na b) izvanredno preispitivanje pravomoćne presude, u hrvatskom kaznenom postupku na temelju čl. 413. ZKP/97 mogla tražiti izmjena nacionalne odluke koju je ESLJP proglasio protivnom konvenciji. Sada, nakon čl. 502. ZKP/08, koji je izostavio pod b) spomenuti *modus* transpozicije presuda ESLJP-a u nacionalno pravo, to više nije moguće.

govoriti o njegovoj praksi o pojedinim pravnim pitanjima konvencijskoga prava koja on rješava, poput svakog suda, kazuistički. Unatoč teškoćama transpozicije njegovih pravnih stajališta u domaće pravo moguće je ta stajališta identificirati i iz njih izvesti opće zaključke. Oni su nam potrebni zato što se ESLJP služi, kao što je poznato, metodom dinamičke interpretacije¹⁰ konvencijskih odredbi: on Konvenciju uzima kao “living instrument” koji treba primijeniti tako da se nositeljima njezinih prava ona osiguraju kao “stvarna i učinkovita”, a ne samo kao “teorijska i iluzorna”.¹¹ Pri tome će jednom utvrđeno stajalište ESLJP dalje primjenjivati u sličnim slučajevima (slično kao engleski sudovi u sustavu *common law*), modificirajući ga po potrebi novih predmeta prema njihovim razlikama (tzv. *distinguishing*) koje opravdavaju njegovo ograničenje ili zabacivanje. Takva stajališta u nacionalnoj pravnoj praksi zatim trebaju poslužiti kao interpretativna pomagala u tumačenju i primjeni domaćeg prava.

1) ESLJP ne određuje je li neki dokaz u nacionalnom kaznenom postupku bio “nezakonit” nego je li način njegova pribavljanja ili uporabe protivan EKLJP-u

EKLJP ne sadržava pravila o tome kada bi način pribavljanja ili uporabe nekog dokaza trebalo smatrati nezakonitim.¹² To je isključiva domena nacionalnog prava država stranaka Konvencije. Barem su tri razloga za to. Prvo, cilj Konvencije jest zaštititi temeljna prava, a ne pravilnost primjene nekog kaznenoprocenog modela za koji se odlučio nacionalni zakonodavac. Drugo, u svojoj judikaturi ESLJP može kao jurisprudencijske razloge svojih presuda koristiti samo one koji su izvedeni kao minimalni zajednički nazivnik više od 40 kaznenih procesnih prava europskih država. Kaznena procesna prava država članica Vijeća Europe jako se razlikuju u normativnim konstrukcijama nezakonitog dokaza¹³ te ESLJP

¹⁰ O tehnikama tumačenja Konvencije usp. općenito: Harris, D. J., O’Boyle, M., Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd Ed., OUP, 2009., 5 – 18; za kazneno pravo: Emmerson, B., Ashworth, A., *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet&Maxwell, London, 2001., 62 i sl.

¹¹ *Artico c/a Italije* (1981.), § 33; *Soering c/a UK* (1989.) § 87; *Airey c/a Irske* (1979–80.) § 24.

¹² “The Convention does not lay down rules on evidence as such”, *Pelissier & Sassi c/a Francuske* (1999.), § 45; *Allan c/a UK* (2002.). § 42.

¹³ Usp. za europske zemlje poredbenopravnu studiju Höpfel, F., Huber, B., *Beweisverbote in Ländern der EU und vergleichbaren Rechtsordnungen*, Max-Planck-Institut für Strafrecht, Freiburg, 1999. S jedne strane, razlikuju se zemlje kontinentalne pravne tradicije od zemalja tradicije *common law*. Prve zbog konstrukcije svojeg dokaznog postupka te sučeve dužnosti da pribavlja i izvodi dokaze, odlučivanje o zakonitosti

ne može iz njih za sebe eruirati minimalne zajedničke standarde.¹⁴ I treće, notorno je da ESLJP ne može nastupati kao superrevizijski sud koji bi osude u nacionalnom kaznenom postupku, utemeljene na nezakonitim dokazima, mogao ukidati i tako im oduzeti pravnu valjanost, već može donositi samo deklaratorne presude (čl. 41. EKLJP-a) o postojanju povrede nekog prava iz Konvencije.

Stoga ESLJP od slučaja do slučaja ocjenjuje je li u nekom nacionalnom kaznenom postupku u stadiju pribavljanja ili stadiju uporabe (zapravo: izvođenja i ocjene) dokaza (tzv. *obtaining of evidence* ili *use of evidence at trial, use made by the prosecution*¹⁵) došlo do povreda konvencijskih prava. Pri tome je opseg svoje ocjene odredio vrlo restriktivno, postavivši pravilo da su za procjenu zakonitosti dokaza primarno nadležni domaći sudovi i da ju ESLJP ne može nadomjestiti svojom.¹⁶ Sada važeće stajalište ESLJP-a formulirano je u presudama *Khan c/a UK* (2000.; § 34), *Allan c/a UK* (2002., § 42) i *Jalloh c/a Njemačke* (2006., § 94 – 95) i glasi:

nekog dokaza ne odjeljuju oštro od odlučivanja o glavnoj stvari za razliku od drugih u kojima se sud ne bavi s pitanjima pribavljanja dokaza (koja su u isključivoj prerogativi stranaka), nego samo s ocjenom relevancije i *dopustivosti* stranačkih dokaza, koja se mora obaviti prije suđenja o meritumu kaznene stvari. S druge strane, zemlje kontinentalne pravne tradicije razlikuju se međusobno prema mehanizmima kontrole diskrecijske ocjene državnih tijela u pribavljanju i uporabi dokaza te sankcioniranju njihovih pogrešaka te ovisno o tome koliko u njihovu kaznenom postupku u prvi plan izbijaju karakteristike postupka “za provedbu državne politike u hijerarhijskom okružju” (Damaška, M., *Lica pravosuđa i državna vlast: usporedni prikaz pravosudnih sustava*, NZ Globus, Zagreb, 2008., 50 i sl., 93 i sl., 191 i sl., posebice 188, 251). Suvremenu ocjenu propisa o nezakonitim dokazima u Hrvatskoj usp. kod Bojanić, I., Đurđević, Z., *Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava*, HLJKPP 2/2008, 973 – 1003.

¹⁴ O mjeri u kojoj stajališta ESLJP-a moraju odražavati nacionalne pravne standarde usp. Harris, D. J., O’Boyle, M., Warbrick, C., *op. cit.* u bilj. 10, 2009., 8 – 10. Zašto se minimalni zajednički standardi ne mogu eruirati za Europu (u kojoj postoji engleski i kontinentalni tip kaznenog postupka) u pogledu odredbi o nezakonitim dokazima usp. i studiju M. Damaške, *op. cit.* u bilj. 2, na mjestu gdje taj autor upozorava, pozivajući se na usporedbu procesnih odredbi o pretragama i oduzimanju predmeta u angloameričkom i kontinentalnom kaznenom procesu, na različita shvaćanja angloameričkih i kontinentalnih praktičara o duljem ili kraćem dometu dokaznih zabrana kao ograničenju u traženju istine u kaznenom postupku – uvjetovana različitom strukturom angloameričkog i kontinentalnog postupka (str. 521 – 525).

¹⁵ *Saunders c/ UK* (1996.), § 69.

¹⁶ Prvi put je u presudi od 13. srpnja 1988. u predmetu *Schenk c/a Švicarske* izrekao da “while Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law” (§ 46).

“The Court reiterates that its duty, according to Art. 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting state to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention. While Art. 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is primarily a matter for regulation under national law. It is therefore not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law – may be admissible, or indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the ‘unlawfulness’ in question and, where violation of another Convention rights is concerned, the nature of the violation found.”

Iz ovoga možemo primijetiti da ESLJP dvojako ispituje slučaj u kojem se ističe da su nacionalne vlasti u kaznenom postupku dopustile uporabu nezakonitog dokaza. ESLJP može pitanje pravne dopuštenosti uporabe nekog dokaza u kaznenom postupku (*admissibility of evidence*) ili njegove ocjene kod pitanja krivnje optuženika riješiti primjenom kriterija “pravičnog postupka”, koji počiva na tzv. holističkom pristupu u primjeni članka 6. Konvencije (“whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair”).¹⁷ Prema tom kriteriju ESLJP neku državu može osuditi zbog povrede općih ili posebnih elemenata načela “pravičnog postupka”, procjenjujući *utjecaj te povrede na postupak u cjelini*. U takvoj “elastičnoj” praksi sankcioniranja nezakonitosti u pribavljanju dokaza, sličnoj tradiciji engleskoga prava¹⁸, ESLJP je uspostavio samo jedno čvrsto pravilo: povezujući načelo “pravičnog postupka” iz čl. 6. EKLJP-a s pravom na učinkovito pravno sredstvo iz čl. 13. EKLJP-

¹⁷ O tome usp. Krapac, D., *Kazneno procesno pravo*, prva knjiga: institucije, 3. izd., Zagreb, 2007., r. br. 186.

¹⁸ Englesko pravo tradicionalno smatra da se iz dokaznog materijala ne mogu automatski izdvojiti dokazi koji su pribavljeni postupovnim pogreškama, nego suca ovlašćuje da po svojoj ocjeni izdvoji dokaze koje je optužba pribavila povredom autoritativnih pravnih standarda utvrđivanja krivnje, kao i dokaze koje obrana zbog različitih razloga ne može osporiti, pa bi njihovim izvođenjem kompenzacija nejednakosti između okrivljenika i državne represivne vlasti bila onemogućena, a postupak bi postao nepošten. Usp. Murphy, P., *Murphy on Evidence*, 11th ed., Oxford University Press, 2009., 60, 64 – 72.

a, izrekao je da domaće kazneno procesno pravo mora okrivljeniku, tijekom suđenja, uvijek zajamčiti učinkovito *incidentalno*¹⁹ rješavanje pitanja zakonitosti dokaza pribavljenih na nezakonit način ili povredom konvencijskih odredbi.²⁰

Na drugi način ESLJP može provjeriti proturječi li Konvenciji neka radnja pribavljanja ili upotrebe u nacionalnom kaznenom postupku, *sama po sebi* nekom drugom konvencijskom pravu, različitom od prava na pravični postupak (npr. zabrani mučenja, okrutnog i nečovječnog postupanja iz čl. 3. ili zabrani povrede tajnosti osobnog i obiteljskog života iz čl. 8. EKLJP-a).

Ako ustanovi povredu, kao i u svakom drugom slučaju, ESLJP "sankcionira" deklaratornim utvrđenjem da je tijekom nacionalnih radnji ili mjera pribavljanja ili uporabe dokaza došlo do povrede određenog konvencijskog članka.²¹ No, on ne izriče da se tako nezakonito pribavljeni dokaz ne smije upotrijebiti kod donošenja presude jer pitanje njegove pravne upotrebljivosti (*admissibility of evidence*) mora riješiti nacionalno pravo. Time je ESLJP izmaknuo rješavanju najtežeg pitanja teorije o nezakonitim dokazima: kada i zbog čega povreda neke dokazne zabrane treba za sobom povući pravnu neupotrebljivost, odnosno nevaljanost nezakonitog dokaza.²²

¹⁹ Tj. takvo koje se događa prethodno ili usporedno s rješavanjem glavnog pitanja kaznenog postupka.

²⁰ Cit. presuda u slučaju *Schenk c/a Švicarske* iz 1991.; usp. *Emmerson/Ashworth*, 2001., 15–05, 15–06.

²¹ Kako će nacionalno pravo u izvršenju presude ESLJP reagirati na tu deklaraciju – svrstavanjem takva dokaza u vlastitu klasifikaciju nezakonitih dokaza (što bi zatim pogođenoj osobi otvorilo obnovu kaznenog postupka u kojem bi imala izgleda na oslobođajuću presudu) ili na neki drugi način – ESLJP ne odlučuje. V. bilj. 8 *supra*.

²² To pitanje proizlazi iz činjenice što kaznenoprocne dokazne zabrane služe zaštiti različitih društvenih vrijednosti (neke npr. nepovredivosti doma, druge zaštite određene profesionalne tajne) i činjenice što njihove povrede mogu imati različitu težinu (neke npr. prerastaju u kazneno djelo protiv slobode i prava građana, druge predstavljaju samo formalne proceduralne defekte). Rješenja tog pitanja variraju u procesnim sustavima (v. poredbenu studiju cit. u bilj. 11 *supra*) koji ih postavljaju u kombinaciji *ex lege* te *ex judicio* nezakonitih dokaza, "rezervirajući" u pravilu prve za slučajeve težih, a druge za slučajeve lakših povreda. Iznimku u tom pogledu predstavlja njemačko pravo, koje je vezu između kršenja dokazne zabrane i njegova učinka na valjanost nezakonitog dokaza postavilo kazuistički, pri čemu se u praksi ta veza lakše uspostavlja kod lakših nego kod težih povreda dokaznih zabrana (njemački Savezni ustavni sud u nekim je odlukama iz 2000. godine [Neue juristische Wochenschrift, 3557] i 2006. godine [Neue Zeitschrift für Strafrecht, 46] izrekao da se iz načela pravičnog postupka ne može izvesti pravilo po kojem bi svaka povreda dokazne zabrane uvijek dovodila do nevaljanosti pribavljenog dokaza). Takvo stajalište njemački komentatori s pravom kritiziraju kao etički paradoks jer dovodi

2) Nezakonitost u pribavljanju ili uporabi dokaza mora “prerasti” u povredu nekog konvencijskog prava

Nezakonitost koja se u pribavljanju ili uporabi nekog dokaza može pojaviti kao povreda konvencijskog prava može biti različita, npr. kršenje zabrane mučenja, okrutnog i nečovječnog postupanja, kršenje zakonitosti u određivanju mjera procesne prisile pri provođenju pregleda, pretraga, kršenje odredbi o posebnim izvidnim mjerama koje su prema Konvenciji dopuštene samo na temelju domaće pravne norme zakonskoga ranga, povreda načela razmjernosti, povrede prava na materijalnu i formalnu obranu itd. S obzirom na to da se konvencijska prava, prema mogućnosti njihovih ograničenja, razvrstavaju na apsolutno, odnosno relativno zaštićena nederogabilna i derogabilna prava te uvjetovana prava²³, ESLJP će različito postupati u ocjenama povreda kon-

do toga da se traženje istine, koje je samo po sebi etički nesporan cilj kaznenog postupka, prihvaćanjem valjanosti nezakonito pribavljenog dokaza, pretvara u sredstvo za neetičku legitimaciju zakonskih povreda počinjenih od strane pravosudnih tijela kao nositelja državne vlasti na štetu građana. Usp. Kühne, H. H., *Strafprozessrecht*, 7. Aufl., Heidelberg, 2007., r. br. 907.

²³ O tome više kod: Harris, D. J., O’Boyle, M., Warbrick, C., *op. cit.* u bilj. 10, 2009., 344 i sl., 617 i sl., 647 i sl. Apsolutno zaštićena nederogabilna prava jesu zabrana mučenja, nečovječna ili ponižavajućeg postupanja (čl. 3), zabrana ropstva (čl. 4. st. 1), pravna određenost kaznenog djela i kazne (čl. 7. st. 1.), *ne bis in idem* (čl. 4. Protokola 7), ukiđanje smrtne kazne u svim okolnostima (čl. 1. Protokola 13); relativno zaštićena nederogabilna prava (od kojih Konvencija dopušta samo izrijekom određene iznimke) jesu pravo na život (čl. 2. st. 1.), zabrana prisilnog rada (čl. 4. st. 2.), zabrana dužničkog zatvora (čl. 1. Protokola 4), zabrana protjerivanja vlastitog državljanina i kolektivnog protjerivanja stranaca (čl. 3. i 4. Protokola 4), relativno zaštićena derogabilna prava (ona koja se smiju derogirati u izvanrednom stanju, pod pretpostavkama iz čl. 15. st. 1. Konvencije, ali se mogu ograničiti u različitom stupnju u skladu s restriktivnim klauzulama koje Konvencija veže uz pojedino takvo pravo) jesu: pravo na slobodu i sigurnost (čl. 5.), pravo na pristup sudu i pravični postupak (čl. 6.), pravo na brak (čl. 12.), pravo na djelotvorno domaće pravno sredstvo (čl. 13.), zabrana diskriminacije (čl. 14.), pravo na obrazovanje (čl. 2. Protokola 1), sloboda kretanja (čl. 2. Protokola 4), pravo na žalbu u kaznenim predmetima (čl. 2. Protokola 7), pravo na odštetu zbog pogrešne presude (čl. 3. Protokola 7) i jednakost bračnih drugova (čl. 5. Protokola 7); uvjetovana (*qualified*) konvencijska prava jesu ona koja su uvjetovana općim javnim interesom i drugim ograničenjima, pa kod njih sudovi i druga nadležna tijela moraju donositi odluke kao “uravnotežujuće akte” (*balancing acts*). Njih je dopušteno ograničiti: a) ako je ograničenje “propisano zakonom”, b) poduzeto u nekom “legitimnom cilju” navedenom u mjerodavnom članku Konvencije (npr. čl. 8. st. 2., 9. st. 2., 10. st. 2. i čl. 11. st. 2. te u čl. 1. st. 1. i st. 2. Protokola 1). To su: pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života (čl. 8), pravo na slobodu mišljenja, savjesti i vjere (čl. 9.), sloboda izražavanja (čl. 10.), sloboda okupljanja i udruživanja (čl. 11.) i pravo vlasništva (čl. 1.

vencijskih prava koje mogu doći u obzir u pribavljanju i uporabi dokaza u nacionalnom kaznenom postupku (može biti riječ o povredi pojedinog prava ili kombinaciji više njih). Kod povrede apsolutno zaštićenog nederogabilnog prava (kao što je zabrana mučenja, nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja iz čl. 3. EKLJP-a) bit će dovoljno da ESLJP utvrdi da je povreda počinjena; kod povrede relativno zaštićenog derogabilnog prava, kakvo je npr. pravo na pravični postupak iz čl. 6. EKLJP-a koje u sebi uključuje “set” okrivljenikovih prava na formalnu i materijalnu obranu, ESLJP može utvrditi povredu, uvažavajući pri tome dopuštena ograničenja toga prava koja moraju biti sukladna restriktivnim klauzulama koje pojedina država smije uvesti ili proizlaze iz same biti nekoga prava. Kod prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života iz čl. 8. Konvencije bit će riječ o povredi osobnog integriteta nekom ograničavajućom radnjom ili mjerom ako ograničenje nije predviđeno nacionalnim zakonom u konvencijski dopuštenom cilju ili je s njim nesrazmjerno.

a) U vezi s dokazima pribavljenim povredama apsolutno zaštićenog nederogabilnog prava iz čl. 3. EKLJP-a komentatori primjećuju²⁴ da praksa ESLJP-a nema odluka o tome da bi svaka takva povreda neki pribavljeni dokaz “pretvorila” u dokaz neupotrebljiv za odluku nacionalnog suda. Samo iznimno, takav učinak imaju slučajevi *iskaza* neke osobe pribavljenog radnjom ili mjerom koja s najvećim intenzitetom (mučenje) krši zabrane iz čl. 3. Konvencije jer se smatra da mučenje, kao zločin *juris gentium*, samo po sebi cjelokupnoj pravosudnoj djelatnosti uvijek oduzima legitimnost.²⁵ Međutim, u slučajevima povrede ove zabrane pri pribavljanju iskaza koji nisu mučenje, nego predstavljaju povredu čl. 3. EKLJP-a “nižeg intenziteta” (ili je riječ o povredi čl. 3. počinjenoj u pribavljanju dokaza koji je različit od iskaza osobe – npr. tjelesnih uzoraka, prepoznavanja i sl.), ESLJP uvijek ocjenjuje je li uporaba takva dokaza u nacionalnom postupku (*admission of evidence*) ujedno povrijedila i načelo pravičnog postupka iz čl. 6. st. 1. EKLJP-a, što će biti u slučaju ako je nacionalna presuda utemeljena na takvom dokazu. No, ako su osim njega postojali i drugi dokazi

Protokola 1).

²⁴ Warnking, V., *op. cit.* u bilj. 8, 393, 403 – 405.

²⁵ Sud je međutim kod tvrdnji o povredi članka 3. Konvencije često suočen s ograničenjima svojih spoznajnih mogućnosti za utvrđivanje činjenica nezakonitih radnji državnih organa jer svaki takav navod mora biti “supported by appropriate evidence” (presuda u predmetu *Mamatkulov & Askarov c/a Turske* (2005.), § 70). Stoga je u presudi u predmetu *Mathew c/a Nizozemske* (2005.) postavio nekoliko vlastitih standarda za dokazivanje takvih činjenica (§ 155 – 156).

koji ju potkrepljuju nezavisno od njega (njihovu kvalitetu ESLJP ne može ocjenjivati jer to zavisi od okolnosti slučaja)²⁶, ESLJP će takvu povredu ocijeniti nebitnom sa stajališta načela pravičnog postupka.

Tako je npr. kršenje zabrane mučenja, okrutnog i nečovječnog postupanja ESLJP utvrdio u slučaju *Jalloh c/a Njemačke* (presuda od 11. srpnja 2006., § 82, 117 – 123). U njemu su njemački policijski službenici, primijetivši da okrivljenik na ulici prodaje male plastične vrećice koje je prethodno izvadio iz usta, nakon uhićenja na temelju naloga državnog odvjetnika za tjelesni pregled, okrivljenika odveli u bolnicu gdje mu je, nakon odbijanja da uzme sredstvo za povraćanje, uz primjenu fizičke sile četiri policijska službenika i unatoč činjenici da kao stranac nije znao njemački, liječnik putem sonde dao infuziju na što je on povratio plastičnu vrećicu s narkotikom te je uslijedilo optuženje za nezakonit promet opojnim drogama. ESLJP je utvrdio da je takva primjena sile predstavljala “nečovječno i ponižavajuće postupanje” zabranjeno u čl. 3. EKLJP-a.²⁷ No, on je utvrdio i povredu načela pravičnog postupka iz čl. 6. EKJLP-a jer je ocijenio da je: (a) ključni dokaz, vrećica s drogom, bio pribavljen povredom jednog od temeljnih jamstava okrivljenikove obrane – tzv. privilegija protiv samooptuživanja; (b) da je na tako pribavljenom dokazu bila utemeljena osuda te (c) da u ovom slučaju ograničenje, odnosno povreda, tog okrivljenikova prava nije moglo biti opravdano zaštitom pretežnog interesa javnog kažnjavanja. Posebno je ESLJP u pogledu dopustivosti ograničenja okrivljenikova privilegija od

²⁶ *Khan* § 37: “...the relevance of the existence other than the contested matter depends on the circumstances of the case”. Jasno je, međutim, da će zahtjev za kvalitetom drugih dokaza biti manji u slučaju kada osporeni dokaz ima vrlo visoku vjerodostojnost (Warnking, V., *op. cit.* u bilj. 8, 52). Ali usp. za najnoviji razvoj bilj. 28 *infra*.

²⁷ *Jalloh*, § 82: “Having regard to all the circumstances of the case, the Court finds that the impugned measure attained the minimum level of severity required to bring it within the scope of Article 3. The authorities subjected the applicant to a grave interference with his physical and mental integrity against his will. They forced him to regurgitate, not for therapeutic reasons, but in order to retrieve evidence they could equally have obtained by less intrusive methods. The manner in which the impugned measure was carried out was liable to arouse in the applicant feelings of fear, anguish and inferiority that were capable of humiliating and debasing him. Furthermore, the procedure entailed risks to the applicant’s health, not least because of the failure to obtain a proper anamnesis beforehand. Although this was not the intention, the measure was implemented in a way which caused the applicant both physical pain and mental suffering. He has therefore been subjected to inhuman and degrading treatment contrary to Article 3.”

samooptuživanja ocijenio da je njemačko kazneno procesno pravo doduše sadržavalo dostatna jamstva protiv samovoljnog podvrgavanja osoba tjelesnim pregledima i uzimanja tjelesnih uzoraka, ali su tu mjeru nadležna državna tijela poduzela protiv osobe koja ju je odbijala pozivajući se na svoje “pravo šutnje”, a da nisu prethodno valjano provjerila dopušta li ispitaničково tjelesno stanje takvu invazivnu mjeru.²⁸

Slični slučaj iz nedavne prakse ESLJP-a zabilježen je u predmetu *Magnus Gäfgen c/a Njemačke* (presuda Velikog vijeća, 1. lipnja 2010.) koji je inače nekoliko godina zaokupljao pozornost njemačke stručne i opće javnosti.

Bila je riječ o tzv. “preventivnom mučenju” u istrazi jednog predmeta iz 2002. godine u kojem je zamjenik ministra policije pokrajine Hessen naložio službenicima frankfurtske policije da uhićeniku pod sumnjom otmice djeteta i iznude visoke otkupnine (milijun eura) od jedne bogate financijaške obitelji, koji je tvrdoglavo odbijao otkriti mjesto gdje je sakrio dijete, na ispitivanju zaprijetite “bolnim” policijskim mjerama u slučaju daljnje nekooperativnosti, nakon čega je uplašeni otmičar popustio i policiji otkrio skrovište gdje je policija pronašla tijelo u međuvremenu usmrćenog djeteta. Naredbodavac takva policijskog ispitivanja, *Daschner*, koji se branio da je dopustio uporabu mjere prisile radi sprečavanja neposredne opasnosti za život ljudi (u času ispitivanja otmičara policija još nije znala da je

²⁸ *Jalloh*, § 117: “In order to determine whether the applicant’s right not to incriminate himself has been violated, the Court will have regard, in turn, to the following factors: the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence; the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put.... § 119. As regards the weight of the public interest in using the evidence to secure the applicant’s conviction, the Court observes that, as noted above, the impugned measure targeted a street dealer who was offering drugs for sale on a comparatively small scale and who was eventually given a six-month suspended prison sentence and probation. In the circumstances of the instant case, the public interest in securing the applicant’s conviction could not justify recourse to such a grave interference with his physical and mental integrity.... § 121. As to the use to which the evidence obtained was put, the Court reiterates that the drugs obtained following the administration of the emetics were the decisive evidence in his conviction for drug trafficking. It is true that the applicant was given and took the opportunity to oppose the use at his trial of this evidence. However, and as noted above, any possible discretion the national courts may have had to exclude the evidence could not come into play, as they considered the impugned treatment to be authorised by national law.”

dijete mrtvo) stavljen je zajedno s ispitivačima pod optužbu zbog kaznenog djela iznude iskaza ali je, nakon proglašenja krivim, dobio samo sudsku opomenu pred kaznenim sudom, a stegovni je postupak protiv njega obustavljen (što je izazvalo burne reakcije u javnosti). Otmičar – ubojica je, međutim, osuđen pred frankfurtskim zemaljskim sudom na doživotni zatvor. Nakon pravomoćnosti osude pritužio se ESLJP-u; u prvoj presudi od 30. lipnja 2008. utvrđeno je da su njemačke vlasti, svojim istragama zbog kaznene i stegovne odgovornosti policajaca, pokazale kako je njegovo ispitivanje kod policije povrijedilo Konvenciju jer je pri tome bila riječ o “ozbiljnim i neposrednim prijetnjama da će se ispitniku namjerno nanijeti boli”, ali da su te prijetnje bile kratkotrajne pa nisu prerasle u stupanj kršenja članka 3. Konvencije koji odgovara “mučenju”, već su ostale na stupnju “nečovječna” postupanja. Međutim, nakon žalbe osuđenika, Veliko vijeće ESLJP-a utvrdilo je da su njemačke vlasti u obama kaznenim postupcima iskazale, doduše, stajalište da je ispitivanje osumnjičenika uz prijetnju mučenja protivno članku 3. Konvencije, ali da u kaznenom postupku protiv naredbodavca *Daschnera* nisu iskazale potrebnu marnost u istrazi i sprečavanju takvih metoda zato što je on nakon svega bio promaknut na novu upravnu policijsku dužnost i jer otmičar *Gäfgen* više od tri godine nije mogao koristiti svoja prava iz zakona o besplatnoj pravnoj pomoći zbog podnošenja odštetne tužbe protiv njemačke države. Zbog svega toga ESLJP je većinom glasova (11:6) utvrdio da je bio žrtvom povrede članka 3. Konvencije.²⁹ Međutim, kako je utvrđeno da je *Gäfgenova* osuda utemeljena

²⁹ Zanimljivo je da je ESLJP u toj najnovijoj presudi prvi put izrazio stajalište (§ 128) da bi u slučaju pribavljanja okrivljenikova iskaza povredom čl. 3. Konvencije koja ne bi morala imati najteži stupanj mučenja, sankcija mogla biti, osim drugih pravnih mjera protiv kršitelja, i izdvajanje (ekskluzija) nezakonitog dokaza: “The Court further notes that in the applicant’s submission, redress for the authorities’ breach of Article 3 could only have been granted by also excluding, at his trial, all items of evidence obtained as a direct result of the violation of that Article. It observes that in its case-law as it stands, it has generally considered compliance with the requirements of an investigation and compensation both necessary and sufficient in order for a respondent State to provide adequate redress at national level in cases of ill-treatment by its agents breaching Article 3 (...). However, it has also found that the question as to what measures of redress are appropriate and sufficient in order to remedy a breach of a Convention right depends on all the circumstances of the case (...). It would not therefore exclude the possibility that in cases in which the deployment of a method of investigation prohibited by Article 3 led to disadvantages for an applicant in criminal proceedings against him, appropriate and sufficient redress for that breach may have to entail, in addition to the above-mentioned requirements, measures of restitution addressing the issue of the continuing impact of that prohibited method of investigation on the trial, in particular the exclusion of evidence obtained by breaching Article 3.”

na novom priznanju koje je iznio na glavnoj raspravi uz poštivanje svih procesnih formi, povredu članka 3. Konvencije u pribavljanju prijašnjeg priznanja ESLJP nije uzeo u obzir.³⁰

b) U pogledu dokaza pribavljenih povredama nekog uvjetovanog (*qualified*) konvencijskog prava, kao što je pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, "doma i dopisivanja" iz čl. 8. Konvencije, ESLJP najprije ispituje predstavlja li radnja pribavljanja ili uporabe dokaza ograničenje toga prava "propisano zakonom", a zatim je li poduzeta u legitimnom cilju iz stavka 2. toga članka Konvencije te je li bila nužna "u demokratskom društvu". Pojam "zakona" ESLJP tumači autonomno, pridodajući mu kvalitete opće pravne norme koja je javno objavljena i dostupna adresatima te ima dovoljno precizan sadržaj da oni iz nje mogu unaprijed predvidjeti posljedice svojeg ponašanja.³¹ No predvidivost ne traži samo preciznost norme, nego i proceduralna jamstva pred državnim tijelima kako bi se otklonila opasnost njihove samovolje i neograničene diskrecije (*terms of an unfettered power*); ta se jamstva postižu kako pisanim procesnim zakonima, tako i stabilnom sudskom praksom (*settled case law*).³² Kao legitimni cilj čl. 8. st. 2. EKLJP navodi, uz ostalo, "...sprečavanje nereda i zločina, ... zaštitu prava i sloboda drugih", te kao treći ograničavajući naslov, "...ako je to u demokratskom društvu nužno...". U praksi ESLJP te kvalifikative uzima kao parametre za ocjenu razmjernosti poduzete ograničavajuće radnje ili mjere tako što traži da za nju postoje odgovarajuće zakonske garancije protiv zlouporaba koje "ograničavaju ograničenje" konvencijskog prava svodeći ga na najnužniju mjeru.³³

Radnje pribavljanja dokaza koje predstavljaju ograničenje konvencijskog prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života iz čl. 8. jesu u novije vrijeme tzv. **posebne izvidne radnje i mjere** koje se sastoje u primjeni prisluškivanja i tajnog nadzora i registracije. Prije toga to su bile radnje **pretrage i pregleda doma** i drugih prostorija.

³⁰ U presudi u predmetu *Selmouni c/a Francuske* (1998.) u kojem je utvrđeno da je francuska policija nakon uhićenja, "ditera" (koji je kasnije osuđen na 15 godina zatvora i protjerivanje iz zemlje) za vrijeme zadržavanja u policijskoj postaji (*garde au vue*) podvrgla batinama, prijetnjama i ponižavanju (npr. mokrenjem po glavi), ESLJP je utvrdio povredu članka 3. Konvencije zbog policijskih postupaka koje je ocijenio "mučenjem" (§ 102 – 104), ali također nije ulazio u pitanje upotrebljivosti uhićeničkovih iskaza pred policijom na suđenju.

³¹ Presuda u predmetu *Amman c/a Švicarske* (2000.), § 55.

³² Presuda u predmetu *Kopp c/a Švicarske* (1998.), §§ 60, 73.

³³ Presuda u predmetu *Klass c/a Njemačke* (1978.), §§ 25, 53, 56.

U pogledu prvih, postoji niz presuda u kojima je od konca 80-ih godina XX. stoljeća ESLJP postavio minimalne standarde za nadzor telefona, odnosno telekomunikacija od strane državnih vlasti u francuskom³⁴ i engleskom³⁵ pravu te za primjenu mjere prikrivenih istražitelja kao policijskih službenika infiltriranih među “dilere”³⁶ ili kao doušnika ubačenih u ćeliju uhićenika.³⁷

U vezi s pretragama ESLJP je donio više presuda u kojima je ocjenjivao: a) kako ograničenje prava na “privatni život”, tako i ograničenje prava na poštovanje “doma” sadržanog u poduzetoj radnji pretrage, pri čemu je te pojmove tumačio ekstenzivno³⁸; b) postojanje “zakonske” osnove za ovu radnju koja mora odgovarati sadržajnim zahtjevima u pogledu pojma “zakona”; c) postojanje njezina legitimnog cilja, koji može biti represivne i preventivne naravi³⁹ te d) nužnost pretrage kao ograničavajuće radnje. Postojanje te nužnosti ESLJP uzima kada već prije radnje postoje drugi dokazi koji ukazuju na kazneno

³⁴ Presuda u predmetu *Kruslin c/a Francuske* (1990.), § 34.

³⁵ Presuda u predmetu *Malone c/a UK* (1984.); § 79.

³⁶ Presude u predmetu *Teixeira de Castro c/a Portugala* (1988.), § 31 – 39; *Vanyan c/a Rusije* (2005.) § 50 – 68 i *Khudobin c/a Rusije* (2006.), § 132 – 137.

³⁷ Presuda u predmetu *Allan c/a UK* (2002.), § 45 – 53.

³⁸ U presudi u predmetu *Niemietz c/a Njemačke* (1992.) u pojam “stana” uvrstio je i poslovne prostorije argumentirajući to na sljedeći način: “As regards the word ‘home’, appearing in the English text of Article 8 (art. 8), the Court observes that in certain Contracting States, notably **Germany** (see paragraph 18 above), it has been accepted as extending to business premises. Such an interpretation is, moreover, fully consonant with the French text, since the word ‘domicile’ has a broader connotation than the word ‘home’ and may extend, for example, to a professional person’s office. In this context also, it may not always be possible to draw precise distinctions, since activities which are related to a profession or business may well be conducted from a person’s private residence and activities which are not so related may well be carried on in an office or commercial premises. A narrow interpretation of the words ‘home’ and ‘domicile’ could therefore give rise to the same risk of inequality of treatment as a narrow interpretation of the notion of ‘private life’.”. Stoga je ESLJP zaključio: “More generally, to interpret the words ‘private life’ and ‘home’ as including certain professional or business activities or premises would be consonant with the essential object and purpose of Article 8 (art. 8), namely to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities. Such an interpretation would not unduly hamper the Contracting States, for they would retain their entitlement to ‘interfere’ to the extent permitted by paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2); that entitlement might well be more far-reaching where professional or business activities or premises were involved than would otherwise be the case.” (§ 30 – 31)

³⁹ U presudi u predmetu *Funke c/a Francuske* kao legitimni cilj za pretrage po carinskom pravu ESLJP je uvažio i gospodarsku dobrobit zemlje (§ 56).

djelo, ali npr. treba pronaći i oduzeti *corpus delicti*⁴⁰, kada postoje i poštuju se nacionalne proceduralne garancije protiv samovolje te kada je u konkretnom slučaju ispunjeno načelo proporcionalnosti u užem smislu.

Načelo je proporcionalnosti u užem smislu poštovano kada su ispunjene tri pretpostavke: prvo, da je osobi protiv koje je pretraga naložena prethodno pružena mogućnost da sama preda tražene predmete ili da se odgovarajućim iskazom “oslobodi” pretrage⁴¹; drugo, kada je pretraga dopuštena kod sumnje na teže kazneno djelo⁴²; i treće, kada se nalogu nadležnog državnog tijela za pretragom ne može prigovoriti da je bio neograničen i nerazmjeran⁴³ jer bi u suprotnom bila otvorena vrata tzv. masovnim i generalnim pretragama.⁴⁴

Zbog svega toga ESLJP traži u nalogu “minimalne podatke” koji omogućuju naknadnu kontrolu zakonitosti pretrage. Ti podaci moraju pogođenoj osobi dati priliku da spriječi ili pobija eventualne zlouporabe. Stoga ESLJP smatra da je nerazmjeran svaki nalog o pretrazi stana osobe koja nije osumnjičenik i koji ne sadržava ograničenja u pogledu prostora pretraživanja i predmeta koji se imaju pronaći.⁴⁵

Slično kao i kod povreda čl. 3. EKLJP-a, ESLJP ispituje je li uporaba dokaza pribavljenog povredom čl. 8. Konvencije učinila, u svjetlu okolnosti konkretnog slučaja, nacionalni kazneni postupak “u cjelini” nepravičnim. To će npr. biti slučaj u pogledu nazočnosti nepristranih trećih osoba kao svjedoka valjanosti prilikom pretrage.

U vezi s tim ilustrativan je slučaj u kojem je ESLJP prvi put ocjenjivao konvencijsku sukladnost pretrage u hrvatskom kaznenom postupku (presuda u predmetu *Lisica c/a Croatia* od 4. veljače 2010.). Taj je predmet zanimljiv stoga što ESLJP u njemu nije utvrdio povredu (uvjetovanog) konvencijskog prava na poštovanje privatnog života iz čl. 8., nego **povredu prava na pravični postupak** iz članka 6. st. 1. od strane zadarske policije. Povreda se sastojala u poduzimanju dviju uzastopnih, kratkim vremenom odvojenih, pretraga oduzetih vozila od kojih je druga bila poduzeta bez sudskog naloga. U predmetu je utvrđeno da je nedugo nakon pljačke jednog vozila za trans-

⁴⁰ Presuda u predmetu *Camenzind c/a Švicarske* (1997.), § 46.

⁴¹ Presuda u predmetu *Buck c/a Njemačke* (2005.), § 49.

⁴² Pretrage u cilju istraživanja prometnog prekršaja krše načelo razmjernosti, presuda u predmetu *Buck c/a Njemačke* (2005.), § 47, 52.

⁴³ Presuda u predmetu *Van Rossem c/a Belgije* (2004.), § 44.

⁴⁴ Presuda u predmetu *Miaillhe c/a Francuske No. 1* (1993.), § 38.

⁴⁵ Presuda u predmetu *Ernst i dr. c/a Belgije* (2003.), § 115 – 117.

port novca 24. svibnja 2000. na cesti prema Bibinju zadarska policija uhitila dvije osobe – osumnjičenika i osumnjičenicu, te oduzela dva automobila kojima su se poslužili za vrijeme pljačke: jedan Golf II, koji je blokirao vozilo za prijevoz novca i jedan BMW u kojem su osumnjičenici zamijećeni na putu prema marini u kojoj ih je čekao gliser za prijevoz. Istoga dana oba su vozila pretražena na temelju naloga istražnog suca te su iz njih uzeti predmeti i uzorci koji su poslani na kriminalističko vještačenje. Međutim, nakon što je istražni sudac donio rješenje o istrazi i pritvoru 26. svibnja 2000., zadarska je policija 27. svibnja poduzela ponovnu pretragu obaju vozila, ovaj put bez sudskog naloga i bez nazočnosti branitelja okrivljenih, kojom prilikom su iz Golfa II uzeti daljnji dijelovi s pomoću kojih će se poslije identificirati nazočnost osumnjičenika u tom autu na mjestu pljačke. Kako je idućeg dana branitelj okrivljenih slučajno čuo razgovor o drugoj pretrazi između policajaca u jednom kafiću, o tome je najprije obavijestio istražnog suca a onda mu je 5. lipnja 2000. podnio prigovor vjerodostojnosti rezultata druge pretrage. U kaznenom postupku okrivljeni i branitelj višekratno su tražili izdvajanje zapisnika o pretrazi, ali je zadarski županijski sud to odbio pozivajući se na pisana objašnjenja šefa zadarske policije o razlozima druge pretrage i tumačenje da kod nje nije bila riječ o pretrazi nego o pregledu vozila prema čl. 177. st. 2. ZKP-a za koji nalog nije bio potreban te koji je stručno i savjesno proveo posebni kriminalistički tehničar kao kvalificirana i nepristrana osoba. Nakon što je Županijski sud u Zadru okrivljene osudio na četiri godine i pet mjeseci zatvora, odnosno tri godine zatvora zbog razbojništva, Vrhovni sud im je kaznu povisio na šest godina i šest mjeseci, odnosno četiri godine i deset mjeseci zatvora, odbacivši prigovor da je rezultat druge pretrage bio nezakonit dokaz na kojem je utemeljena osuda. Ustavni sud (odluka U-III-1473/2002 od 12. listopada 2005.) odbio je ustavnu tužbu koja je iz istog razloga upirala na povredu čl. 29. Ustava, oslonivši se u cijelosti na argumentaciju iz presude VSRH.

ESLJP je, međutim, ocjenjujući zahtjev podnositelja kao utemeljen na tvrdnji da je “...manner in which evidence was obtained against them fell foul of the requirements of a fair trial under Art. 6 § 1 of the Convention”, utvrdio: a) da se načelo pravičnog postupka primjenjuje i na prethodni postupak (§ 47); b) da je njegova zadaća utvrditi je li postupak u cjelini, uključujući način pribavljanja dokaza, bio pošten, što uključuje i ispitivanje “nezakonitosti” po nacionalnom pravu (§ 48); c) da je takva “holistička” provjera postupka pokazala kako je policija drugu pretragu poduzela bez naloga

i nazočnosti branitelja, čemu su podnositelji zahtjeva prigovorili ističući da možda sam čin pretrage nije bio nezakonit i da su navodno pronađeni inkulpirajući dokazi bili zapravo podmetnuti u razdoblju od 24. do 27. svibnja, te su zahtijevali da se zapisnik izdvoji iz spisa. Podnošenjem takva prigovora o kojem su odlučili redovni sudovi bio je ispunjen prvi dio testa prema načelnom stajalištu ESLJP-a u presudi *Bykov c/a Rusije* (2009.), § 90 po kojem su okrivljeni imali pravno sredstvo za pobijanje vjerodostojnosti i upotrebljivosti dokaza (§ 53); c) da je, međutim, druga pretraga, unatoč tome što se višekratne pretrage same po sebi ne protive načelu pravičnog postupka, ipak povrijedila minimalni zahtjev da se osumnjičeniku mora pružiti prilika da joj prisustvuje, a nisu joj prisustvovala dva nepristrana svjedoka, što je povrijedilo opći zahtjev za postojanjem “objektivnih pokazatelja” pravednosti u kaznenim predmetima, nužnim za stjecanje legitimeta kaznenih osuda u demokratskom društvu (§ 56); d) da su predmeti pronađeni drugom pretragom predstavljali važne dokaze za utvrđenje krivnje okrivljenih, čak štoviše, da su osim ostalih indicija poslužili kao *sole direct evidence* za njihovu nazočnost u vozilu kojim je počinjena pljačka (§ 59). Stoga je, u svjetlu svih tih okolnosti ESLJP “mogao zaključiti kako je način na koji su dokazi bili uporabljeni u postupku imao učinak na postupak u cjelini te uzrokovao da postupak ne ispuni zahtjeve načela pravičnog suđenja” (§ 61), zbog čega je povrijeđen članak 6. stavak 1. Konvencije.⁴⁶

c) Treba naposljetku napomenuti da kada ESLJP utvrdi da se nacionalna kaznena presuda temelji na dokazu pribavljenom na način protivan Konvenciji, uvijek može dotičnu državu osuditi zato što se nezakonito postupanje nacionalnih kaznenih vlasti “sabrало” u kombinaciju povreda nekoliko članaka Konvencije. U njih se mogu ubrajati oni s apsolutno zaštićenim nederogabilnim pravima, ali i oni s relativno zaštićenim derogabilnim pravima. Takvih predmeta ESLJP bilo je više. Oni se tiču npr. pribavljanja okrivljenikovih iskaza nezakonitim poticanjem na kazneno djelo (tzv. *entrapment*, korištenje agenata provokatora), raznih policijskih infiltracijskih metoda i povreda konfrontacijskih prava obrane itd.

Jedan takav poznati slučaj jest onaj iz presude u predmetu *Teixeira de Castro c/a Portugala* (1998.). U njemu je ESLJP ocjenjivao proaktivne djelatnosti *tajnih policijskih istražitelja*. Naime, dvojica policijskih agenata, saznavši preko treće

⁴⁶ Podnositeljima zahtjeva ESLJP je dosudio 2000 eura neto naknade nematerijalne štete plus 2000 eura naknade troškova postupka sa zakonskom kamatom.

osobe da je osumnjičenik preprodavač droge, ponudili su osumnjičeniku na otkup stanovitu količinu heroina te ga u trenutku preprodaje uhitili zajedno s dvojicom znanaca. Nakon što su portugalski sudovi odbili osumnjičenikov prigovor da su policijski agenti djelovali bez sudbenog naloga i da osuda počiva na rezultatu djelatnosti agenata provokatora unatoč zabrani portugalskoga ZKP-a, po kojem se dokaz pribavljen kaznenim djelom smatra neupotrebljivim u postupku, ESLJP je, prihvativši osumnjičenicovu pritužbu, ustanovio da je Portugal, unatoč tome što se svaka država u ranijim stadijima kaznenog postupka za istragu težih kaznenih djela može legitimno služiti i proaktivnim istražnim metodama, propustom da detaljnije uredi tu metodu, povrijedio okrivljenikovo pravo na pravični postupak iz čl. 6. st. 1. EKLJP-a. Takvom detaljnijom regulativom zakonodavac, naime, mora urediti sljedeća pitanja: a) nadležnost državnog tijela za primjenu mjere (u očima Suda to mora biti sud), b) materijalne pretpostavke za primjenu (postojanje osnovane sumnje da osoba pod mjerom čini ili sudjeluje u kaznenim djelima) i c) granica dopuštenog načina prikriivenog policijskog istraživanja (prikriiveni policijski istražitelji moraju se ograničiti na “pasivno” otkrivanje i prikupljanje saznanja o činjenicama, a ne smiju svojim ponašanjem neku osobu navesti na odluku da počini kazneno djelo. Kako se u konkretnom slučaju portugalski prikriiveni istražitelji nisu “confined themselves to investigating ... criminal activity in an essentially passive manner, but exercised an influence such as to incite the commission of the offence”, korištenje rezultata njihove djelatnosti u kaznenom postupku “meant that, right from the outset, the applicant was definitively deprived of a fair trial” (§ 38 – 39).

3) Nezakonitost u pribavljanju ili uporabi dokaza koja nacionalni kazneni postupak u cjelini čini “nepravičnim”

Ako ESLJP utvrdi da nije prekršeno neko “drugo” konvencijsko pravo, nego da su se u nacionalnom postupku prilikom pribavljanja ili uporabe dokaza dogodile proceduralne povrede koje dovode u pitanje baš pravo na “pravični postupak” iz čl. 6. Konvencije u nekoj od njegovih sastavnica (kao što je okrivljenikovo pravo na šutnju, pravo na konfrontaciju sa svjedocima optužbe, sastavnice načela “jednakosti oružja” u pribavljanju dokaza), ESLJP će državu osuditi zbog povrede općih ili posebnih elemenata načela “pravičnog postupka”, procjenjujući *utjecaj te povrede na postupak u cjelini*. Pri tome su ključna dva pitanja: predstavlja li povreda nacionalne kaznene procedure ujedno povredu

načela pravičnog postupka prema autonomnom tumačenju ESLJP-a odredbi članka 6. Konvencije i je li ona u naknadnom postupanju nacionalnih vlasti bila otklonjena, "kompenzirana". Zbog takve dvostruke relativizacije utjecaj te povrede na postupak u cjelini obično se teže utvrđuje u fazi pribavljanja dokaza, nego u fazi uporabe dokaza na suđenju, pa je teško u pojedinom slučaju razabrati uzima li ESLJP da je do povrede Konvencije došlo već samim propustom nekog nacionalnog tijela da okrivljeniku osigura poštivanje prava obrane iz čl. 6. EKLJP-a ili je do povrede Konvencije došlo zato što taj propust nije bio naknadno kompenziran drugim radnjama nacionalnih procesnih organa.

a) U vezi s prvim pitanjem, ESLJP je već rano, u presudi u predmetu *Schenk c/a Švicarske* (1988.), izrekao da se niti iz jedne konvencijske odredbe ne može izvesti pravilo prema kojem bi dokaze pribavljene kršenjem nacionalnog zakona o kaznenom postupku trebalo smatrati neupotrebljivim za osudu, zato što je smatrao da se ne može načelno isključiti da bi kazneni postupak, unatoč uporabi nezakonitog dokaza, i dalje mogao ostati pravičan.⁴⁷ Drugim riječima, nezakonit dokaz jest upotrebljiv ako su ipak prilikom njegova pribavljanja i uporabe poštivana jamstva pravičnog postupka. Takav konzervativan stav našao je na žustru kritiku kako u redovima samih sudaca ESLJP-a⁴⁸, tako i komentatora⁴⁹, ali realisti primjećuju da ESLJP, čije presude moraju predstavljati minimalni zajednički nazivnik više od 40 kaznenih procesnih prava europskih država koje se jako razlikuju, nije mogao ići dalje te nametati prava ekskluzijska pravila o nezakonitim dokazima državama koje takva pravila uopće ne poznaju.⁵⁰

b) U vezi s drugim pitanjem, tj. je li neka konvencijska povreda od strane nacionalnih vlasti naknadno u kaznenom postupku kompenzirana, postoji više presuda ESLJP-a koje izražavaju takvo stajalište.

Naknadnu kompenzaciju možemo vidjeti npr. u slučajevima *Khan c/a UK te P. G. & J. H. c/a UK*. U slučaju *Khan c/a UK* (presuda od 12. svibnja 2000.,

⁴⁷ "...[The Court] cannot therefore exclude as a matter of principle and in the abstract that evidence obtained in breach of domestic law may be admitted" (*Schenk*, § 46) cit. kod Warnking, V., *op. cit.* u bilj. 8, 54.

⁴⁸ U presudi u predmetu *Schenk* četvero sudaca iz manjine ističu da "...compliance with the law when taking evidence is not an abstract or formalistic requirement ... we consider that it is of the first importance for the fairness of a criminal trial".

⁴⁹ Trechsel, S., *op. cit.* u bilj. 8, 87.

⁵⁰ Warnking, V., *op. cit.* u bilj. 8, 56.

35394/97) ESLJP je utvrdio da je britanska policija, prisluškujući razgovore u stanu jednog osumnjičenika, potajno snimila i razgovor aplikanta s osumnjičenikom u kojem je priznao sudjelovanje u krijumčarenju droge. Nakon svojega potvrdnog očitovanja o osnovanosti podignute optužbe (izmijenjene u pravcu blaže pravne kvalifikacije kaznenog djela) aplikant je pred prvostupanjskim sudom bio osuđen na tri godine zatvora unatoč izjavi optužbe da su potajne snimke aplikantova razgovora učinjene bez valjane zakonske osnove i unatoč svojim zahtjevima da se te snimke izdvoje iz dokaznog materijala. Pred ESLJP-om aplikant je uspio s tužbom zbog povrede jamstva na nepovredivost privatnog života iz čl. 8. EKLJP-a, ali ne i sa zahtjevom da se upotreba nezakonito pribavljenih dokaza sama za sebe proglasi povredom konvencijskog jamstva na "pravični postupak" iz čl. 6. st. 1. EKLJP-a. Sud je, naime, ponovio svoje prijašnje stajalište da mu zadaća nije utvrđivati zakonitost ili nezakonitost dokaza prikupljenih i izvedenih prema odredbama domaćeg prava, već samo ocijeniti je li domaći postupak u cjelini bio "pravičan" – što uključuje ispitivanje "zakonitosti" prikupljenih dokaza i njihov odnos prema utvrđenoj povredi nekog drugog konvencijskog prava. U konkretnom slučaju potajne snimke aplikantova razgovora bile su "nezakonite" samo utoliko što britansko pravo nije predvidjelo izričitu zakonsku osnovu za njihovu registraciju, a kao dokaz protiv aplikanta upotrijebljene su nakon što je sudac odbio prethodni aplikantov prigovor nedopuštenosti i nakon što je aplikantova obrana dala potvrdno očitovanje o izmijenjenoj optužbi. Stoga je ESLJP zaključio da se u konkretnom slučaju, u uvjetima kada je englesko pravo aplikantu pružilo dostatne mogućnosti osporavanja dopustivosti spornoga dokaza i kada su prvostupanjski, a i viši sudovi, postupivši prema tome osporavanju, uzeli u obzir ilegalni način prisluškivanja te učinak koji su snimke kao rezultati prisluškivanja imale na postupak prema okrivljeniku (pri čemu su imali ovlast izdvojiti te snimke u slučaju da su bili uvjereni kako bi one negativno utjecale na "suštinsku pravičnost" postupka), ne može govoriti o povredi načela "pravičnog postupka" iz čl. 6. st. 1. EKLJP-a, premda sporne potajne snimke aplikantova razgovora, pribavljene povredom prava na nepovredivost osobnog života iz čl. 8. EKLJP-a, nisu bile izdvojene iz dokaznog materijala pred domaćim sudom.⁵¹

⁵¹ To je stajalište ESLJP ponovio i u slučaju *P. G. i J. H. c/a UK* (presuda od 25. rujna 2001.), u kojem je utvrdio da je britanska policija nezakonito prisluškivala stan osumnjičenika te poslije, nakon uhićenja, u pritvorskim ćelijama također nezakonito od uhićenika uzimala "glasovne uzorke" radi njihove identifikacije, ali je izrekao da kori-

c) Praksa ESLJP-a koja utvrđuje povredu prava na pravični postupak odnosi se na pribavljanje ili uporabu svih kategorija dokaza u užem smislu riječi: iskaza osoba, isprava i tehničkih snimki činjenica. Zadržat ćemo se samo na iskazu okrivljenika i svjedoka kao najvažnijim dokazima.

*aa) Iskaz okrivljenika*⁵²

Između mnogobrojnih presuda ESLJP-a u kojima je utvrđena povreda načela pravičnog postupka u pribavljanju ili uporabi iskaza okrivljenika izdvojili smo nekoliko, prvenstveno one koji se odnose na postupke koji krše privilegij od samooptuživanja ili povrede pretpostavke okrivljenikove nedužnosti u vezi s kršenjem njezinih pravila o teretu dokazivanja i raspodjeli rizika nedokazivosti optuženikove krivnje.

Premda EKLJP nije izrijekom propisala jamstvo privilegija protiv samooptuživanja, ESLJP ga je izveo iz načela pravičnog postupka prema odredbama čl. 6. st. 1. i 2. Konvencije. Prvi put ga nalazimo formuliranog u presudi *Funke c/a Francuske* (1993.). U tom su slučaju francuske carinske vlasti zajedno s policijom prilikom pretrage stana osobe osumnjičene za nezakonito držanje novčanih sredstava na stranim bankovnim računima, osumnjičenika, koji nije htio pridonijeti isprave o tim računima, kaznile novčanom kaznom zbog neposluha, premda kazneni postupak za druga

štenje tih dokaza, samo za sebe, ne predstavlja postupanje koje bi povrijedilo načelo "pravičnog postupka" pred kaznenim sudom. Pri tome je ESLJP za to naveo četiri razloga: (a) postavljanje prislušnih uređaja u konkretnom slučaju nije bilo protivno propisima britanskoga kaznenog prava, tj. nije predstavljalo kazneno djelo nego je poduzeto u nereguliranoj situaciji, (b) rezultate prisluškivanja optuženici su mogli pobijati pred sudom (c) koji je imao ovlasti da ih, u slučaju prihvatanja takva prigovora, izdvoji iz dokaznog materijala, a, osim toga, (d) potajno učinjene snimke nisu bile jedini dokaz na temelju kojega je protiv optuženika bila donesena osuđujuća presuda.

⁵² Pojam "okrivljenika" ESLJP definira autonomno, u materijalnom smislu kao osobu protiv koje postoji "optužba za kazneno djelo" kao "službena obavijest nadležnih tijela nekom pojedincu o tvrdnji da je počinio određeno kazneno djelo"; v. presudu u predmetu *Deweer c/a Belgije* (1980.), § 46: "There accordingly exists a combination of concordant factors conclusively demonstrating that the case has a criminal character under the Convention. The 'charge' could, for the purposes of Article 6 par. 1 (art. 6-1), be defined as the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence. In several decisions and opinions the Commission has adopted a test that appears to be fairly closely related, namely whether 'the situation of the [suspect] has been substantially affected' (...)".

kaznena djela nije bio pokrenut. ESLJP je međutim zaključio da takva mjera upravnog (carinskog) prava, namijenjena "automatskom" osiguranju obavijesti za potrebe primjene carinskih mjera, nije bila opravdana u konkretnim okolnostima slučaja te da je njezina primjena predstavljala povredu čl. 6. st. 1.⁵³ U slučaju *Saunders c/a Vel. Britanije* (presuda od 17. prosinca 1996.) aplikant pred ESLJP-om bio je na britanskom sudu osuđen za nekoliko gospodarskih kaznenih djela, počinjenih prilikom poslovnih pregovora oko spajanja dviju velikih kompanija. Osuda je bila utemeljena na ispravama prikupljenim u izvidima inspeksijskih tijela pred kojima je aplikant, pod prijetnjom zatvorske kazne za delikt "opstruiranja pravde" (engl. *contempt of court*) za slučaj odbijanja suradnje, kao osumnjičenik bio dužan iskazivati i predati isprave koje su ga teretile. ESLJP je većinom glasova izrekao da su "pravo na šutnju" te *privilegij protiv samooptuživanja* općepriznati međunarodni standardi koji, zbog toga što im je smisao zaštita okrivljenika od nedopuštenih presija državnih tijela i osiguranje od pogrešaka u suđenju (engl. *miscarriages of justice*), leže u srži načela "pravičnog postupka" iz čl. 6. EKLJP-a (toč. 174. i sl.) bez obzira na to što ih ta konvencijska odredba izrijekom ne predviđa. Pri tome je ESLJP precizirao: kako privilegij protiv samooptuživanja ima za cilj zajamčiti poštivanje okrivljenikove volje da ne iskazuje pred tijelima kaznenog postupka, on se odnosi samo na verbalne izjave okrivljenika, a ne na materijal koji se može dobiti neovisno o okrivljenikovojoj volji (npr. pretragom osobe ili njezinih prostorija, uzimanjem organskih uzoraka tkiva, krvi i sl.). Kako je u konkretnom slučaju bila riječ o pisanoj formi izjava osumnjičenika pred spomenutim inspeksijskim tijelima (dakle, izjava), njihovim su korištenjem britanski sudovi povrijedili načelo "pravičnog postupka".

Stajalište da je privilegij protiv samooptuživanja glavno jamstvo poštivanja okrivljenikove volje za iskazivanje pred tijelima kaznenog postupka ESLJP je potvrdio u slučaju *Allan c/a Vel. Britanije* (presuda od 5. studenoga 2002.). U tome slučaju policija je osumnjičeniku u pritvorsku ćeliju smjestila drugoga "pravitvorenika", zapravo svojega informatora, koji je osumnjičenika ispitivao i navodio na razne izjave o tome kako je sudjelovao u nekom ubojstvu (te je izjave potajno snimao, a poslije i o svojim razgovorima s osumnjičenikom

⁵³ Funke, § 44: "The special features of customs law cannot justify such an infringement of the right of anyone 'charged with a criminal offence', within the autonomous meaning of this expression in Article 6 (art. 6), to remain silent and not to contribute to incriminating himself."

svjedočio pred sudom, koji je na tome utemeljio osudu). Takav način dobivanja osumnjičenikovih izjava, po stajalištu ESLJP-a, predstavljao je očitu povredu njegova slobodnog izbora između iskaza ili šutnje pred tijelima kaznenog postupka, a uporaba tako dobivenih osumnjičenikovih izjava na suđenju znači povredu privilegija protiv samooptuživanja. U slučaju *Heaney i McGuinness c/a Irske* (presuda od 21. prosinca 2000.) i u slučaju *Quinn c/a Irske* (presuda od 21. prosinca 2000.), irske su vlasti trojicu (kasnijih aplikanta pred ESLJP-om) uhitile pod sumnjom za teška kaznena djela terorizma. Policija ih je upoznala s pravom na šutnju, ali i s pravnom dužnošću da ju obavijeste o svojem boravištu u vrijeme počinjenja kaznenih djela, propisanu jednim zakonom o kaznenim djelima protiv države iz 1932. godine i sankcioniranu za slučaj odbijanja obavijesti kaznom zatvora do šest mjeseci. Kako su se, međutim, poslužili privilegijem protiv samooptuživanja, aplikanti su u kaznenom postupku za terorizam pored ostalih slabih dokaza bili oslobođeni, ali osuđeni su na spomenutu zatvorsku kaznu zbog povrede prijavljivanja boravišta. ESLJP je povodom njihove tužbe, pozivajući se na pretpostavku okrivljenikove nedužnosti iz čl. 6. st. 2. EKLJP-a, izrekao da konvencijsko jamstvo pretpostavke okrivljenikove nedužnosti može biti povrijeđeno i u postupcima završenim oslobađajućom presudom ako ti postupci ne osiguravaju mogućnost prigovora na odluku da državna vlast kažnjava neku osobu zbog njezine šutnje prije dovršenja njezina slučaja, pa kako u konkretnom slučaju procesna jamstva irskoga prava tu mogućnost nisu predvidjela, irski je zakon o kaznenim djelima protiv države suštinski “razorio” privilegij od samooptužbe. Stajalište iz *Saundersa* ESLJP je potvrdio i u slučaju *J. B. c/a Švicarske* (presuda od 3. svibnja 2001.) u kojem su švicarske porezne vlasti, u postupku zbog izbjegavanja poreza, aplikantu naložile pridonošenje svih isprava o sredstvima uložnim u neka poduzeća te ga zatim, nakon odbijanja da to učini, visoko novčano kaznile. Takvim postupkom aplikantu je bilo onemogućeno spriječiti porezne vlasti da doznaju za njegovu neoporezovanu dobit, odnosno bila mu je nametnuta dužnost samooptuženja za kazneno djelo poreske utaje; kako se takve isprave ne mogu smatrati materijalom “koji je neovisan od volje osobe na koju se odnosi, kao npr. rezultat analize njezine krvi”, njihovo – pod prijetnjom sankcije nametnuto izdavanje – prekršilo je načelo “pravičnog postupka” iz čl. 6. st. 1. EKLJP-a.

ESLJP pretpostavku okrivljenikove nedužnosti (čl. 6. st. 2. EKLJP-a) smatra integralnom sastavnicom prava na “pravični postupak” iz čl. 6. st. 1. EKLJP-a. Ono može biti povrijeđeno ne samo onda kada *sud* nekog

optuženika smatra krivim prije nego što mu krivnja bude dokazana na zakonit način (tj. njezinim dokazivanjem koje ide na teret aplikanta: “the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused” (presuda u predmetu *Barberra, Messegue & Jabardo c/a Španjolske*, 1988., § 77)), što može iskazati kako izrekom neke svoje odluke, tako i navodima u njezinu obrazloženju, nego i onda kada su *druge javne vlasti*, kao što je npr. policija, u svojim nastupima pred sredstvima javnog informiranja jasno ukazale na neku osobu kao počinitelja kaznenog djela čime su, s jedne strane, “potakle javnost da ju smatra krivcem”, engl. “encouraged the public to believe him guilty”, a s druge strane “prejudicirale utvrđivanje činjeničnog stanja od strane nadležnih sudbenih vlasti” (presuda u predmetu *Allenet de Ribemont c/a Francuske* (1995.), § 35, 41).

Isto je ESLJP utvrdio i u predmetu *Peša c/a Croatia* u presudi od 8. travnja 2010., zato što su najviše hrvatske državne vlasti – ministar unutarnjih poslova, predsjednik Vlade, Glavni državni odvjetnik, pa i sam predsjednik Republike – dali izjave za javnost već nekoliko dana nakon uhićenja podnositelja, koje se nisu ograničile samo na “opći prikaz stanja stvari” ili na opis sumnje koje su podnositelja teretile, nego su bez ikakvih ograda sadržavale implikaciju podnositeljeve krivnje za kaznena djela zlouporabe službenog položaja i ovlasti u Hrvatskom fondu za privatizaciju. ESLJP je tome dodao: “As regards the impugned statement of President Mesić, the Court notes that he named the CPF as the centre of corruption and implied that the three tenors had been a part of it. Although he used metaphorical terms it is clear that the expression ‘three tenors’ referred to the three arrested vice-presidents of the CPF, one of whom was the applicant. The Court considers that the wording of the impugned statement goes further than just saying that the applicant was a suspect as regards charges of corruption. The expressions used put a certain label on the three vice-presidents of the CPF, implying that they had been part of the corruption in the CPF.”. To je sve skupa predstavljalo “...a declaration of the applicant’s guilt and prejudged the assessment of the facts by the competent judicial authority”, čime je bilo povrijeđeno podnositeljevo pravo da ga se smatra nedužnim (§ 143 – 151).

U slučaju *Böhmer c/a Njemačke* (presuda od 3. listopada 2002.) u kojem je njemački drugostupanjski sud, odlučujući o pravnom lijeku osuđenika protiv odluke prvostupanjskog suda o opozivu uvjetne osude zbog naknadno

počinjenih kaznenih djela, po kratkom postupku ustanovio da je osuđenik počinio ta djela te potvrdio opoziv uvjetne osude, ESLJP je izrekao da je takav postupak drugostupanjskog suda predstavljao neprihvatljivu arogaciju donošenja presude o krivnji umjesto prvostupanjskog suda te je predstavljao povredu pretpostavke okrivljenikove nedužnosti; ona, naime, isključuje utvrđivanje nečije krivnje izvan kaznenog postupka pred sudom nadležnim za suđenje na glavnoj raspravi, bez obzira na to što se može bitna drugostupanjska odluka donosi sukladno procesnim odredbama te što za takav način postupanja postoje razlozi procesne ekonomije.

U slučaju *Telfner c/a Austrije* (presuda od 20. ožujka 2001.) aplikanta su austrijski sudovi osudili za kazneno djelo nepružanja pomoći osobi koju je teško ozlijedio u prometnoj nesreći. Međutim, na raspravi je optužba mogla svoje tvrdnje o krivnji potkrijepiti samo dvama udaljenim indicijama (da je aplikant najčešće vozio predmetni automobil, koji inače pripada njegovoj majci te koji je, u noći spornog incidenta, nađen parkiran pred kućom aplikantove majke, u kojoj, međutim, nije bilo aplikanta), a sam se aplikant – kao optuženik tijekom postupka pred austrijskim sudom – služio pravom šutnje. Premda ESLJP inače smatra da jedino domaći sudovi u konkretnom slučaju mogu ocjenjivati dokaze (uključujući i indicije) prema načelu slobodne ocjene dokaza, u ovom je slučaju izrekao da je osuda aplikanta pred austrijskim sudovima značila nedopustivo prebacivanje tereta dokazivanja (nedužnosti) na optuženika i kao takva, povredu pretpostavke optuženikove nedužnosti iz čl. 6. st. 2. EKLJP-a. Iz navedenih se dvaju udaljenih indicija, naime, na bazi “zdravorazumske” logike nikako nije moglo zaključiti da bi stanje stvari u kaznenom predmetu pred austrijskim sudovima opravdavalo da se od optuženika može očekivati objašnjenje događaja, konstatirao je ESLJP, a niti su spomenuti indiciji na glavnoj raspravi bili utvrđeni kontradiktornim izvođenjem dokaza, koje je možda moglo potkrijepiti njihovu snagu i eventualno omogućiti raspravnom sudu da na njima utemelji svoju odluku o krivnji. Stoga je Austrija osuđena zbog povrede pretpostavke okrivljenikove nedužnosti u konkretnom slučaju.

ab) Iskaz svjedoka

Prema čl. 6. st. 3. toč. d. Konvencije okrivljenik ima pravo na konfrontaciju sa svjedocima optužbe te na jednaku mogućnost izvođenja vlastitih svjedoka na suđenje. Osim toga, smisao načela “jednakosti oružja”, shvaćenog kao sastavnice šireg načela pravičnog postupka, također traži jednake mogućnosti

sudjelovanja okrivljenika u pribavljanju svjedočkog dokaza, kao što ih ima i optužba. To je ESLJP potvrdio u više svojih presuda, ne ulazeći dakako u detalje proceduralne regulative nacionalnog prava.

Tako je u slučaju *Kamasinski c/a Austrije* (1989.) ESLJP izrekao da pravo na “stranački postupak” (tj. načelo kontradiktornog suđenja) znači da i optužba i obrana moraju imati priliku saznati za podneske i dokaze protustranke, bez obzira na to odnosi li se to na činjenične ili pravne navode, meritornu argumentaciju ili postupovne prijedloge.⁵⁴ Potvrđujući ovo stajalište, ESLJP ga je konceptualizirao u sličnom slučaju *Brandstetter c/a Austrije* (1991.) u kojem su austrijski sudovi aplikantu izrekli novčanu kaznu za kazneno djelo patvorenja vina. No, tu je, za ocjenu o povredi načela jednakosti oružja ESLJP-u poslužila okolnost da je tijekom prizivnog postupka državni odvjetnik, za razliku od okrivljenika, imao pravo upućivati višem sudu svoja pisana mišljenja i stajališta o kojima okrivljenik nije morao biti obaviješten (a ne okolnost da je do osude došlo na temelju iskaza vještaka zaposlenog u državnom agrikulturnom institutu koji je pokrenuo postupak – jer to samo po sebi ne dovodi u pitanje njegovu nepristranost). ESLJP je u tom slučaju naglasio da je pojam “jednakosti oružja” dio šireg pojma “pravičnog postupka”, koji ujedno uključuje pravo na “stranačko” (engl. *adversarial*) uređenje kaznenog postupka. Unutarnje pravo svake zemlje može to ostvariti na različiti način, ali, bez obzira na to za koji se opredijeli, ono mora jamčiti da će svaka stranka saznati za radnje protustranke i imati mogućnost da se na njih osvrne. U više je kasnijih presuda ESLJP potvrdio takvo stajalište. Tako je npr. u slučaju *Ruiz-Mateos c/a Španjolske* (1993.) ponovio shvaćanje da je postulat jednakosti oružja jedna od sastavnica šireg pojma načela “pravičnog postupka” te je zauzeo važno pravno stajalište da se načelo “pravičnog postupka” primjenjuje i na postupke pred ustavnim sudovima kada rješavaju o povredi nekog ustavnog prava “u kontekstu povrede građanskog prava čija pravna zaštita pred redovnim sudom pripada određenom krugu ovlaštenika”. U slučaju *Werner c/a Austrije* (1997.) ESLJP je izrekao da je austrijsko pravo povrijedilo načelo “pravičnog postupka” kada je dopustilo da prvostupanjski sud odbije tužitelja s odštetnim zahtje-

⁵⁴ U § 102 presude ESLJP navodi: “It is an inherent part of a ‘fair hearing’ in criminal proceedings as guaranteed by Article 6 § 1 (art. 6-1) that the defendant should be given an opportunity to comment on evidence obtained in regard to disputed facts even if the facts relate to a point of procedure rather than the alleged offence as such.”

vom zbog neosnovane osude bez provođenja javne glavne rasprave, kao i to da se o žalbi tužitelja riješi pred višim sudom na temelju mišljenja državnog odvjetnika koje tužitelj prije toga nije mogao vidjeti jer se to načelo jednako odnosi na sudske postupke u kaznenim i građanskim predmetima. U slučaju *Atlan c/a Vel. Britanije* (2001.) u kojem su tužitelji pred britanskim sudom bili osuđeni zbog krijumčarenja kokaina, nakon što je njihova obrana bezuspješno prigovarala da se iskazi carinskih službenika, kao svjedoka optužbe, temelje na dojavama neimenovana doušnika kojeg obrana nije mogla podvrgnuti protuispitivanju jer je tim dojavama prvostupanjski sud priznao sadržaj službene tajne, ESLJP je utvrdio kako propust optužbe da obrani omogući protuispitivanje te osobe te jednostrana odluka suda, donesena na nejavnom ročištu samo uz sudjelovanje optužbe da dojavama te osobe prizna sadržaj službene tajne, također predstavlja povredu postulata "jednakosti oružja", odnosno načela "pravičnog postupka" iz čl. 6. st. 1. EKLJP-a.

U vezi s pravom obrane na konfrontaciju sa svjedocima optužbe, praksa ESLJP ima veći broj presuda koje se odnose na različite aspekte pribavljanja i uporabe iskaza svjedoka kao dokaza. Zadržat ćemo se samo na pitanjima "klasične" procesne konfrontacije, djelomice povezane s načelom "jednakosti oružja", a preskočit ćemo važni dio judikature ESLJP-a koji se odnosi na pravo obrane na konfrontaciju s tzv. zaštićenim ili anonimiziranim svjedocima.⁵⁵

Prvi slučaj osude Republike Hrvatske pred ESLJP-om za povredu načela "pravičnog postupka" u kaznenom postupku u predmetu *Kovač* (presuda od 12. srpnja 2007.)⁵⁶ odnosi se na povredu okrivljenikova konfrontacijskog prava iz čl. 6. st. 3. toč. d. Konvencije. U tom predmetu aplikant je bio pred općinskim, odnosno županijskim sudom u Virovitici pravomoćno osuđen na šest mjeseci zatvora za kazneno djelo bludnih radnji nad djecom (čl. 193. st. 2. KZ-a) na temelju iskaza maloljetne oštećenice, koju je u istrazi ispitao istražni sudac kao tzv. osjetljivog svjedoka na posebno obziran način (čl. 238. st. 4. i 5.; čl. 119. st. 2. ZSM-a), međutim, bez nazočnog okrivljenika koji u istrazi nije imao branitelja, a imao je (prema čl. 198. st. 5) pravo nazočiti toj radnji (koje mu je pravo propalo jer mu poziv na istražno ročište nije bio propisno dostavljen), kao i bez tehničkog snimanja

⁵⁵ Za kritičku ocjenu te judikature usp. posebno Esserovu studiju cit. u bilj. 11 *supra*, 657 – 677.

⁵⁶ V. komentar presude kod E. Ivičević Karas, u: HLJKPP 2/2007, 999 – 1018.

njezina iskaza predviđenog zakonom za taj slučaj (čl. 238. st. 5.), tako da nije bilo video snimke ispitivanja koja se trebala reproducirati na glavnoj raspravi (čl. 119. st. 4. ZSM-a). Kako je okrivljenik pred sudom osporio osnovanost optužbe, a raspravni sud na prijedlog državnog odvjetnika neposredno ispitao oštećenu maloljetnicu, prije čega je, međutim, odstranio optuženika s tog dijela rasprave, a da mu nije dao priliku da barem sastavi pisana pitanja koja bi se prethodno maloljetnici pročitala, okrivljeniku je time, po mišljenju ESLJP-a, povrijeđeno minimalno jamstvo obrane iz čl. 6. st. 3. toč. d) EKLJP-a, koje mu daje pravo ispitivanja svjedoka optužbe, odnosno pravo na "konfrontaciju" s tim svjedocima. Tu povredu je ESLJP našao u činjenici: a) što okrivljenik niti u stadiju istrage, niti na glavnoj raspravi nije imao prilike postavljati svoja pitanja maloljetnoj oštećenici, čiji je iskaz, unatoč njegovoj nepouzdanosti (zato što je zapisnik istražnog suca sadržavao sučevo prepričavanje iskaza, a ne izravnu, autentičnu oštećeničinu naraciju te je sadržavao i neke druge nejasnoće u pojedinim dijelovima), bio jedini dokaz njegove krivnje⁵⁷; b) što raspravni sud nije "brižljivo provjerio" iskaz oštećenice zato što ju je na raspravi samo sumarno ispitao, bez detaljnog čitanja zapisnika iz istrage i bez nazočnosti okrivljenika te c) što je propustom da se okrivljenik pozove na oštećeničino ispitivanje u istrazi (koje se trebalo provesti primjenom spomenutih propisa o ispitivanju i tehničkom snimanju iskaza osjetljivih svjedoka), odnosno da se na raspravi reproducira video snimka toga ispitivanja, okrivljeniku uskraćena mogućnost da iskaz svjedokinje koja ga je teretila ocjenjuje ne samo logički, nego i psihološki – promatranjem njezina ponašanja za vrijeme ispitivanja.⁵⁸

⁵⁷ Konstatiravši prethodno da je ispravno uzimati u obzir posebne značajke kaznenih postupaka za kaznena djela spolnog nasilja, posebice u vezi s položajem žrtve koja je, suočena s počiniteljem, izvrnuta reviktimizaciji, što dakako traži mjere zaštite interesa žrtve usklađene s učinkovitom zaštitom prava obrane (pri čemu je ponekad potrebno poduzeti mjere "...which counterbalance the handicaps under which defence labours...", § 27 presude) ESLJP je utvrdio da je u ovom slučaju iskaz maloljetne oštećenice imao "...decisive importance for the courts' findings of the applicant's guilt, despite the fact that neither at the stage of the investigation nor during the trial was the applicant given the opportunity to examine or have the victim examined [and was not] provided with an opportunity to observe the manner in which the child was questioned by the investigating judge." (§ 30 presude).

⁵⁸ Staro je iskustvo kriminalističke taktike da treba koristiti promatranje neverbalnog ponašanja ispitanika koje može pružiti psihološke elemente za provjeru istinitosti verbalnih sadržaja koje iznosi ispitanik (detaljno: Pavišić, B., Modly, D., Veić, P., *Kriminalistika*, knjiga prva, 2006., 410 i sl.).

Drugi slučaj osude Republike Hrvatske za povredu načela “pravičnog postupka” zbog kršenja konfrontacijskog prava okrivljenika u stegovnom postupku najnovija je presuda u predmetu *Vanjak* od 14. siječnja 2010. U tom slučaju podnositelj je, kao policajac, bio stegovno kažnjen prestankom radnog odnosa zbog primanja mita i posredovanja u nabavi nelegalne domovnice za treću osobu. U obrani je isticao da je priznanje kolegama iz policije dao nakon dugotrajnog noćnog ispitivanja te je na suđenju tražio da se suoči s dvojicom svjedoka optužbe čije su izjave iz prethodnog postupka, kojem nije mogao prisustvovati, međutim, bile na raspravi samo pročitane. Nakon što je utvrdio da se jamstva čl. 6. st. 1. i 2. EKLJP-a primjenjuju i na stegovni postupak (§ 36 – 42) ESLJP je izrekao prvo (§ 49) da potreba iskaza dobivenih tijekom policijskih izvida i sudske istrage u svrhu dokazivanja sama po sebi nije protivna stavicima 1. i 3. (d) članka 6. EKLJP-a, uz uvjet da je poštivano pravo na obranu. To pravo, u pravilu, zahtijeva da se optuženiku na primjeren i pravilan način pruži mogućnost da se sučeli sa svjedokom i ispituje svjedoka koji svjedoči protiv njega, bilo dok ovaj daje svoj iskaz ili u kasnijoj fazi postupka⁵⁹; drugo (§ 51), ne samo da podnositelj zahtjeva i njegov branitelj uopće nisu imali priliku ispitati osobe koje su te izjave dale, već to nisu imali prilike učiniti ni članovi vijeća Disciplinskoga suda unatoč tomu što je podnositeljev branitelj u završnoj riječi prigovorio da te izjave nisu pročitane na raspravi; treće (§ 54), da time što su propustili podnositelju zahtjeva dostaviti izjave o kojima je riječ i time što su propustili navesti sadržaj tih izjava u bilo kojoj od faza postupka, nacionalni su sudovi spriječili podnositelja da iznese primjedbe ili tvrdnje u odnosu na te izjave, iako je podnositeljeva disciplinska odgovornost utvrđena na temelju njih. Time je bilo posebno ugroženo podnositeljevo povjerenje u funkcioniranje pravosuđa, koje se, među ostalim, temeljilo na znanju da je trebao imati mogućnost izraziti svoje mišljenje o svakom dokumentu na koji se sud pozvao u naknadno donesenoj presudi. Imajući na umu svrhu Konvencije da štiti prava koja su praktična i djelotvorna te važno mjesto što ga pravo na pošteno suđenje u smislu Konvencije zauzima u demokratskom društvu, Sud smatra da bilo koje restriktivno tumačenje članka 6. u tom pogledu ne bi odgovaralo cilju i svrsi te odredbe (§ 55). Ponovivši svoje stajalište da pitanje na koje se mora dati odgovor jest je li postupak u cjelini, uključujući i način na koji su pribavljeni dokazi, bio pošten, što podrazumi-

⁵⁹ Usp. predmete ESLJP-a *Isgrò v. Italy*, presuda od 19. veljače 1991., Serija A br. 194-A, str. 12, § 34; i *Lucà v. Italy*, br. 33354/96, §§ 40 – 43, ECHR 2001-II.

jeva ispitivanje “nezakonitosti” o kojoj je riječ, a ako je povrijeđeno i neko drugo pravo iz Konvencije i naravi utvrđene povrede, ESLJP je, pridodavši da nacionalni sudovi nisu dodatno provjerili podnositeljev prigovor u vezi s okolnostima njegova navodnog priznanja policiji (§ 61), zaključio da su sve navedene i prethodno analizirane manjkavosti u disciplinskom postupku protiv podnositelja zahtjeva, u vezi s upotrebom izjava koje su B. J., H. Ć. i podnositelj zahtjeva dali policiji, postupak u cjelini gledajući učinile nepravичnim te dovele do povrede članka 6. stavka 1. Konvencije (§ 62).

III. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Razmatrajući kako ESLJP rješava važno pitanje konvencijske sukladnosti pribavljanja i uporabe nezakonitih dokaza u kaznenom postupku, vidjeli smo na primjerima njegovih presuda za slučajeve povreda članaka 3., 6. i 8. Konvencije da je ESLJP u tom pogledu razvio bogatu praksu. Nju međutim, zbog specifičnosti njegove uloge kao regionalnog međunarodnog suda koji se postupno profilira u čuvara europskog ustavnog prava⁶⁰ koje ima obilježja “parcijalnog ustava” (*die Teilverfassung*)⁶¹ ne možemo ocjenjivati kao praksu nacionalnih sudova o istom pitanju. ESLJP, naime, na području tzv. dokaznih zabrana (ili primjene nezakonitih dokaza) nije mogao eruirati zajednički europski ustavni standard zbog velike različitosti proceduralnih sustava država potpisnica EKLJP-a. Stoga se on zadržava na kazuističkoj ocjeni pitanja jesu li okolnosti pribavljanja i uporabe nekog dokaza u konkretnom kaznenom postupku,

⁶⁰ J. Omejec u svojem referatu za seminar “Constitutional and international protection of human rights” Venecijanske komisije (Lima, Peru 19 – 21. travnja 2010.) pod naslovom “Application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms by the Constitutional Courts” piše o Konvenciji kao o “ustavnom instrumentu europskog javnog poretka” (str. 8 i sl.) pozivajući se, uz ostalo, i na stajalište samog ESLJP-a u presudi u predmetu *Loizidou c/a Turske* (1995.) u kojoj je formulirano shvaćanje koje na Konvenciju gleda kao na “a constitutional instrument of European public order” (§ 75). Autorica zaključuje da se u najnovije vrijeme Konvenciji može pridodati **nadustavnu važnost** (što argumentira primjerom Hrvatske, u kojoj je Ustavni sud neko vrijeme izravno primjenjivao odredbe čl. 6. st. 1. na predmete s područja građanskog sudovanja – koje je izvorni tekst čl. 29. Ustava “zaboravio” te primjerom presude ESLJP-a u predmetu *Sejdić & Finci c/a BiH* (2009.) u kojoj je utvrdio da *ustavne* odredbe te države proturječe konvencijskoj zabrani diskriminacije (čl. 14.) u vezi s pasivnim biračkim pravom iz čl. 3. Protokola 1 (§ 50)).

⁶¹ Häberle, P., “Role and Impact of Constitutional Courts in a Comparative Perspective”, u: *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Nomos, Baden-Baden, 2006., 67 – 68.

koje se prema domaćem pravu mogu kvalificirati kao nezakonite, povrijedile cilj i svrhu načela “pravičnog postupka” iz čl. 6. Konvencije ili neko “drugo” konvencijsko pravo. Pri tome ESLJP samo iznimno uzima da mučenje pri pribavljanju dokaza koji se sastoji u iskazu okrivljenika “automatski” čini cjelokupni nacionalni postupak i njegovu presudu nesuglasnima s konvencijskom zabranom mučenja, okrutnog i nečovječnog postupanja iz čl. 3. EKLJP-a. U svim ostalim slučajevima povreda relevantnog konvencijskog prava podliježe “vaganju” ESLJP-a s aspekta njezine iznimne dopuštenosti, pa može poslužiti samo kao podloga za relativiziranu ocjenu o postojanju nekog “nezakonitog” dokaza u konkretnom slučaju.

U radu smo prikazali nekoliko presuda – uključujući i one protiv Republike Hrvatske – u kojima je ESLJP utvrdio povrede relevantnih konvencijskih prava. Pri tome smo više pozornosti posvetili presudama u kojima je utvrđena povreda članka 6. Konvencije. Taj članak, kako znamo, sadržava temeljno načelo vladavine prava.⁶² Kao ustavno načelo, načelo pravičnog postupka je “optimalizacijski zahtjev”⁶³ upućen državnim tijelima kao adresatima i ESLJP ga stoga tumači ne kao zahtjev za formalnom zakonitošću nacionalnih kaznenih postupaka koja mora postojati radi osiguranja regularnosti i konzistentnosti pravnog poretka, nego u širem smislu, kao zahtjev za sukladnošću s vrijednostima Konvencije, posebice onih na kojima, po mišljenju ESLJP-a, počiva kazneno pravosuđe da bi se u njemu očuvala temeljne vrednote demokratske države, kao što su sloboda, jednakost i poštivanje ljudskih prava. Kako su to i najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske (članak 3. Ustava), moramo ih prihvatiti kao vlastite bez obzira na to što kroz presude ESLJP-a do nas dolaze kazuistički, nesistematično i relativizirano. Taj prihvrat je prvi korak, drugi je njihova transpozicija u kaznenu proceduru i akte tijela domaćeg kaznenog postupka. Razmatranje pitanja koja on postavlja ostaje, međutim, predmetom drugoga rada.

⁶² U presudi u predmetu *Salabiaku c/a Francuske* (1988.) ESLJP je izrekao (§ 28) da “... the object and purpose of Article 6, which, by protecting the right to a fair trial and in particular the right to be presumed innocent, is intended to enshrine the fundamental principle of the Rule of Law”.

⁶³ Steiner, D., *Das Fairnessprinzip im Strafprozess*, Peter Lang, Frankfurt/M, 1995., 133 – 135.

Summary

Davor Krapac*

**UNLAWFUL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE
ACCORDING TO THE CASE LAW OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS**

In Memory of Vladimir Bayer (1912-1990)

*Although, traditionally speaking, it is not within the jurisdiction of the European Court of Human Rights (ECHR) to assess the legality and usability of evidence before criminal courts, nevertheless by applying flexible «fair trial» criteria in accordance with article 6 paragraph 1 of the Convention on the Protection of Human Rights, the Court assesses whether the way evidence is acquired or presented in specific cases of national legal procedure has affected the justice of the procedure as a whole or whether, on the occasion, some other Convention right has been violated. The paper initially covers several rulings of the European Court of Human Rights passed on the occasion of the violations of article 3 and article 8 of the Convention committed during different investigative actions, interrogating persons and carrying out searches of persons, of premises or objects (including the latest ruling in the case *Lisica vs Croatia* of 04/11/2010). The paper further discusses the decisions in which, owing to defective behaviour of the national authorities, the ECHR ruled that there had been a breach of fair trial either generally, as regards the findings of the factual nature detrimental to the defendant (i.e. the important ruling for the Republic of Croatia in the case *Peša vs Croatia* of 08/04/2010), or as regards the way in which the defendant's deposition statement was obtained or the witness's testimony (i.e. the ruling in the case *Kovač vs Croatia* of 12/08/2007 and *Vanjak vs Croatia* of 14/01/2010). The main characteristic of all these rulings is that neither the protection of fundamental rights nor that of absolute rights according to the Convention include the obligation to exclude unlawful evidence. Although the flexible fairness criterion for assessing the national criminal procedure in which unlawful evidence was used derives from the fact that for various reasons the ECHR was unable to recognize the right to trial on the basis of lawful evidence or the right to trial on the basis of evidence not obtained by violating human rights as specific Convention rights, the author considers that this does not free us of the obligation to study the Court's relevant case law and its transposition to national law.*

Key words: criminal procedure, European Court of Human Rights, unlawful evidence

* Davor Krapac, Ph. D., judge of the Constitutional Court of the Republic of Croatia and professor, Faculty of Law, Zagreb University, Trg maršala Tita 14, Zagreb

Zusammenfassung

Davor Krapac**

**RECHTSWIDRIGE BEWEISE IM STRAFVERFAHREN NACH
DER RECHTSPRECHUNG DES EUROPÄISCHEN
GERICHTSHOFS FÜR MENSCHENRECHTE**

In Erinnerung an Vladimir Bayer (1912-1990)

Obwohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit und Verwertbarkeit von Beweismitteln in der Strafgerichtsbarkeit traditionell als nicht zuständig gilt, bewertet er durch Anwendung des elastischen Kriteriums des „fairen Verfahrens“ nach Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte (EMRK), ob die Beweisaufnahme oder -führung in einem konkreten Verfahren vor einem nationalen Gericht die „Fairness“ des Verfahrens insgesamt beeinflusste oder ob bei derselben Gelegenheit ein anderes in der Konvention verankertes Recht verletzt wurde. Im Beitrag stellt der Autor zunächst einige Urteile des EGMR bezüglich der Verletzung der Art. 3 und 8 EMRK aufgrund verschiedener Ermittlungshandlungen bei der Vernehmung von Personen oder der Durchsuchung von Räumlichkeiten (einschließlich der jüngsten Entscheidung im Fall Lisica gegen Kroatien vom 4. Februar 2010) vor. Danach kommentiert er Urteile, in denen wegen fehlerhafter Handlungen nationaler Behörden der EGMR einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens feststellte, sei es allgemein bei der Ermittlung des Sachverhalts zu Lasten des Beschuldigten (etwa in dem für die Republik Kroatien wichtigen Urteil im Fall Peša gegen Kroatien vom 8. April 2010), sei es in Bezug auf die Art, wie man zu der Aussage des Beschuldigten oder eines Zeugen gelangt war (z.B. das Urteil im Fall Kovač gegen Kroatien vom 12. Juli 2007 und im Fall Vanjak gegen Kroatien vom 14. Januar 2010). Das Hauptmerkmal aller Urteile des EGMR besteht darin, dass der Schutz der Grundrechte, selbst der absoluten in der Konvention verankerten, nicht die Verpflichtung nach sich zieht, rechtswidrig erlangte Beweismittel auszuschließen (Beweisverwertungsverbot). Obwohl das elastische Kriterium der Verfahrensfairness zur Beurteilung eines innerstaatlichen Strafverfahrens, in dem ein rechtswidriger Beweis verwertet wurde, aus der Tatsache hervorgeht, dass der EGMR aus mehreren Gründen nicht das Recht auf einen Prozess aufgrund rechtmäßiger Beweise oder das Recht auf einen Prozess aufgrund von Beweisen, die nicht durch die Verletzung von Grundrechten erlangt wurden, als besonderes in der Konvention verankertes Recht anerkennen kann, vertritt der Autor die Auffassung, dass uns dieser Umstand nicht von der Verpflichtung entbindet, die einschlägigen Urteile des EGMR zu studieren und seine Standpunkte ins nationale Recht zu übernehmen.

Schlüsselwörter: Strafverfahren, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, rechtswidrige Beweise (Beweisverwertungsverbot)

** Dr. Davor Krapac, Richter am Verfassungsgericht der Republik Kroatien und Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb